

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I



TESIS DOCTORAL

El aborto: aspectos filosóficos, éticos y jurídicos

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Ana María Ocón Cabria

Directores

Fernando Santa Cecilia García

Paula López Zamora

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, MORAL Y POLÍTICA I



TESIS DOCTORAL

EL ABORTO: ASPECTOS FILOSÓFICOS, ÉTICOS Y JURÍDICOS

Memoria presentada por la obtención del grado de

Doctora por la doctoranda Ana María Ocón Cabria,

Realizada bajo la dirección de los profesores:

Dr. Don Fernando Santa Cecilia García

Dra. Doña Paula López Zamora.

MADRID, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, MORAL Y POLÍTICA I



TESIS DOCTORAL

EL ABORTO: ASPECTOS FILOSÓFICOS, ÉTICOS Y JURÍDICOS

Memoria presentada por la obtención del grado de

Doctora por la doctoranda Ana María Ocón Cabria,

Realizada bajo la dirección de los profesores:

Dr. Don Fernando Santa Cecilia García

Dra. Doña Paula López Zamora.

MADRID, 2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	iv
RESUMEN	viii
ABSTRACT	xii
BIBLIOGRAFÍA DESTACADA	xvi
INTRODUCCIÓN	xix
INTRODUCTION	xxxi

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS FILOSÓFICOS DEL ABORTO	1
1. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE MIGUEL REALE.....	1
2. TRIDIMENSIONALISMO, MIGUEL REALE Y SU DIALÉCTICA EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO	8
2.1. Aspectos introductorios y generales de la teoría tridimensional	8
2.2. Teoría realiana. vida y obra de Miguel Reale	11
2.3 Aplicaciones prácticas de la teoría tridimensional del derecho.....	17

CAPÍTULO SEGUNDO

ACERCAMIENTO A LA FIGURA DEL ABORTO Y ANÁLISIS DE SUS PRECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS.	22
1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS ACERCA DEL ABORTO.....	22
1.1. Consideraciones generales filosóficas sobre moral y derecho en el aborto.....	22
1.2. Toma de postura	37
2. DEFINICIÓN DEL ABORTO	38
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ABORTO	41
3.1. Modelos hasta el s.XIX.....	41
3.2 Modelos a partir del s XX en algunos países	45
3.3 Modelo español.....	49
3.4 Otros países europeos.....	61

CAPÍTULO TERCERO

DERECHOS HUMANOS Y ABORTO. DIFERENTES POSTURAS.	66
1. INTRODUCCIÓN	66
2. DERECHOS HUMANOS Y EL ACCESO AL ABORTO.....	67
3. REPRESENTACIONES FEMINISTAS QUE PROTEGEN LOS DERECHOS DE LAS MUJERES	74

4. AMNISTÍA INTERNACIONAL.....	76
5. NACIONES UNIDAS	77
6. OTROS PROGRAMAS E INFORMES	79
7. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS)	81
8. OTRAS OPINIONES Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	82
9. OPINIONES CONTRARIAS AL ABORTO	90

CAPITULO CUARTO

EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL ABORTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL⁹⁷

1. INTRODUCCIÓN: PANORAMA POSITIVO EN LA PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO Y EL DERECHO A LA VIDA.....	97
1.1 Toma de postura	107
2. SOCIEDAD, MORAL Y DERECHO ANTES DE LA REFORMA 9/85: ABORTO ILEGAL, ESTADÍSTICAS, ÉTICA, EVOLUCIÓN JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA.....	108
2.1 Aborto ilegal	108
2.2 Estadísticas	112
2.3 Sociedad, ética y moral	114
2.4 Evolución jurídica del aborto.....	117
2.5 Jurisprudencia	118
2.6 La sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional, de 11 de abril	122
2.7 Beneficio del aborto	127
3. SOCIEDAD, MORAL Y DERECHO TRAS LA REFORMA 9/85: ESTADÍSTICAS, ÉTICA, EVOLUCIÓN JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA	128
3.1 Evolución jurídica	128
3.2 Jurisprudencia	135
3.3 Estadísticas	142
3.4 Sociedad y moral a partir de 1985.....	147
4. PANORAMA JURÍDICO TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 2/2010, de salud sexual y reproductiva: ANÁLISIS DE LA LEY, JURISPRUDENCIA Y ESTADÍSTICAS	156
4.1 <i>Contenido</i> de la ley	156
4.2 Minoría edad, libertad religiosa y salud. consentimiento informado. opiniones	159
4.3 Recurso de constitucionalidad de la ley del 2010	173
4.4 Otras opiniones	178
4.5 Infanticidio y aborto versus homicidio y aborto	185
4.6 Jurisprudencia	189
4.7 Estadísticas	192

5. REGULACIÓN DEL ABORTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL	193
5.1 Toma de postura	201
CAPITULO QUINTO	
OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO REFLEJO DE LA MORAL	205
1. INTRODUCCIÓN	205
2. OPCIONES DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS.....	207
3. POSTURA DEL MINISTERIO FISCAL	211
3.1 La objeción de conciencia en general.....	212
3.2 La objeción de conciencia del funcionario público	215
3.3 Objeción de conciencia y función judicial	218
3.4 Objeción de conciencia de los miembros del ministerio fiscal	224
CAPITULO SEXTO	
REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MANIPULACIÓN GENÉTICA.....	228
1. INTRODUCCIÓN	228
2. LA INEXISTENCIA DE UNA INDICACIÓN EXPRESA QUE AMPARE EL ABORTO DERIVADO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA NO CONSENTIDA.	238
3. LA INDICACIÓN CRIMINOLÓGICA Y SU EXTENSIÓN AL DELITO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER	242
4. LAS EXIMENTES POR ANALOGÍA EN EL ACTUAL CP ESPAÑOL.....	244
5. PROBLEMÁTICA CONCURSAL	252
CAPITULO SÉPTIMO	
PRESENTE Y FUTURO CERCANO EN LA REGULACIÓN POSITIVA DEL ABORTO.....	257
3. EL CONSENTIMIENTO EN LEY ORGÁNICA 11/2015, DE 21 DE SEPTIEMBRE, PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LAS MENORES Y MUJERES CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO	267
3.1 Toma de postura	271
CONCLUSIONES	273
BIBLIOGRAFÍA.....	283
BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA.....	301

ABREVIATURAS

- **ACI** (Asociación Cuidado Infancia)
- **AI** (Amnistía Internacional)
- **ATC** (Auto del Tribunal Constitucional)
- **BOE** (Boletín Oficial del Estado)
- **CEDAW** (Committee on the elimination of discrimination against women)
- **CFR** (Confrontar)
- **CFRHI** (Catholic Family and Human Rights Institute)
- **CIS** (Centro Investigaciones Sociológicas)
- **C- FAM** (The Catholic Family and Human Rights Institute)
- **CIU** (Convergência I União)
- **CFHRI** (Catholic Family and Human Rights)
- **CIPD** (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo)
- **CP** (Código Penal)
- **EBEP** (Estatuto Básico del Empleado Público)

- **EEUU** (Estados Unidos)
- **EURONGOS** (European NGOS for Sexual and reproductive health and rights)
- **FIVTE** (Fecundación in vitro y transferencia embrionaria)
- **FJ** (Fundamento Jurídico)
- **FFJJ** (Fundamentos Jurídicos)
- **GRECO** (Grupo de Estados contra la corrupción)
- **IA** (Inseminación artificial)
- **IBID** (En el mismo lugar)(Igual que la referencia anterior)
- **IDX** (dilatación y extracción intacta, aborto de nacimiento parcial)
- **INE** (Instituto Nacional de Estadística)
- **INI** (Instituto Nacional de Industria)
- **IU** (Izquierda Unida)
- **IVE** (Interrupción Voluntaria del Embarazo)
- **LECrim** (Ley de Enjuiciamiento Criminal)
- **LO** (Ley Orgánica)
- **LOTIC** (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)

- **LTRA**(Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida)
- **MNP** (Movimiento Natural de la Población)
- **OMS** (Organización Mundial de la Salud)
- **ONG** (Organización no Gubernamental)
- **ONU** (Organización Naciones Unidas)
- **OB CIT** (Obra citada)
- **OP CIT** (Obra citada)
- **PDD** (Píldora del día después)
- **PNV** (Partido Nacionalista Vasco)
- **PP** (Partido Popular)
- **PSOE** (Partido Socialista Obrero Español)
- **RCOG**(Royal College of Obstetricians and Gynaecologists)
- **RDA** (República Democrática Alemana)
- **RDGH** (Revista derecho y Genema Humano)
- **RIS** (Rights International Spain)
- **RVAP** (Revista Vasca de Administración Pública)
- **SEGO** (Sociedad española de Ginecología y Obstetricia)

- **STC** (Sentencia Tribunal Constitucional)
- **TIG** (Transferencia intratubárica de gametos)
- **UE** (Unión Europea)
- **UNICEF** (United Nations International Children's Emergency Fund .Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia).
- **UNFPA** (Fondo de Población de Naciones Unidas)
- **UPN** (Unión del Pueblo Navarro)
- **VID** (Abreviatura de viden, véase)

RESUMEN

Se comienza este estudio con la exposición del tridimensionalismo del autor brasileño Miguel Reale y su aplicación en la evolución del Derecho, con la intención de tomarlo como fundamento para la estructuración del análisis histórico de la regulación del aborto en nuestro país. El acercamiento a la teoría de Miguel Reale se realiza, no tanto como estudio abstracto y teórico de la misma, sino como desde un aspecto mucho más sustantivo, aplicando sus principios al campo jurídico en general, y al aborto, en particular. Lo esencial de esta teoría gira en torno a tres aspectos: norma, valor y hecho y al profundo entrelazado entre ellos. Recoge la teoría que todo fenómeno jurídico es un hecho, pues surge para regular un determinado momento o situación histórico-social, es un valor, pues representa un cierto valor de justicia que se quiere preservar, y es una norma, pues se ofrece una pauta a seguir para garantizar el bien de justicia representado.

Sentadas las bases tridimensionales sobre las que vamos a estructurar nuestro estudio, se inicia el análisis concreto de la figura central de la tesis, el aborto, iniciando esta aproximación con algunos aspectos introductorios acerca del mismo; aspectos y debates en torno al embrión, posturas doctrinales respecto al nasciturus; todo desde la doble problemática existente al tratar el tema: la moral a la hora de manipular el embrión y el problema de la justificación moral y política de su prohibición jurídica, cualquiera que sea el juicio moral sobre ellos. A modo de ejemplo, destacar entre las posiciones contrapuestas la posición de la Iglesia Católica afirmando que toda práctica lesiva para el embrión, en la que se incluye el aborto, es inmoral y por lo tanto, debería estar prohibida y penada.

Contrariamente estaría la posición que separa las cuestiones morales de las jurídicas. Así, que un determinado comportamiento pueda calificarse de inmoral, por ejemplo la destrucción de un embrión, no es por sí sola una razón suficiente para justificar su prohibición jurídica.

Tras las necesarias definiciones del aborto, expongo la evolución histórica del aborto para tener una visión global de lo que ha supuesto, especialmente en nuestro país, aunque también se da

una visión global de otros países, los diferentes modos de considerarlo a lo largo de la historia, su penalización o no, y su influencia en la regulación actual del mismo. Se expone la evolución histórica del aborto, y, como resultado de esa evolución, se ve como a principios del siglo XX se empezó a despenalizar el aborto en caso de peligro de la vida de la madre y para proteger su salud. El repaso finaliza en la actual regulación, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, a pesar de que se hará mención a normas más recientes que inciden sobre el tema e, incluso, a pretendidas reformas que nunca han visto la luz. La actual Ley 2/2010 aborda de una manera integral el conjunto de derechos relativos a la salud sexual y reproductiva. Está fundamentada en distintos textos internacionales. Y aunque no se define como un derecho tal cual (Título II), parece que por las expresiones utilizadas en el texto, el legislador sí lo considera así, o al menos como una prestación sanitaria a la que se tiene derecho. Incluso se le configura como si fuese un «derecho fundamental», como indicó el Consejo fiscal en un dictamen emitido sobre ello. Abordo en su estudio todos los puntos fundamentales de esta actual regulación, alguno de los cuales, referente al consentimiento de la menor, ha sido objeto de reciente modificación que más adelante se analizo también.

Así, esta aproximación a la evolución jurídica del aborto se hace desde una perspectiva global y completa, que va más allá del mero análisis exegético del contenido de las normas. De ahí que se estudien las normas y sus modificaciones, junto con un repaso a la situación social, moral y política que contextualiza necesariamente aquellas normas y sus cambios; todo ello enriquecido con jurisprudencia y estadísticas que ayudan a plasmar la realidad que la figura implica.

A destacar por su enorme trascendencia práctica la exposición que de la objeción de conciencia sobre el aborto se realiza en el texto. Desde los mismos orígenes del Estado de Derecho, el respeto a la libertad de conciencia ha sido considerado uno de los derechos más fundamentales, ya que se presupone que la libertad y la dignidad humanas se encuentran por encima del mismo Estado. El reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia ha sido uno de los logros más importantes de finales del siglo XX en el ámbito de los derechos humanos. Aunque el acto de objetar es un problema de libertad de conciencia, el fundamento último de las razones que llevan a ella, sería la libertad de pensamiento o libertad religiosa. Indicar que la objeción de conciencia, como tal, solo está reconocida de manera expresa en la

Constitución Española en relación con el servicio militar obligatorio (artículo 30). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado que este derecho tiene base constitucional en su art. 16.1, que proclama la libertad ideológica. Hago sobre ésta una exposición separada en diferentes sectores, comenzando por los profesionales sanitarios, pasando por el funcionario público, por la función judicial en general y por el Ministerio Fiscal.

Finalizamos este estudio con referencias y análisis de las normas más recientes que afectan a la materia objeto de estudio, como la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. También se analiza el Anteproyecto de la Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y derechos de la mujer embarazada de 20 de Diciembre de 2013 (conocida como Ley Gallardón). Norma, esta última, que no ha llegado a entrar en vigor, pero cuya repercusión social y política ha reabierto un gran debate en torno al aborto, ya que era un proyecto que proponía la instauración de un sistema de supuestos más restrictivo que el vigente, pues suponía que la interrupción del embarazo dejaría de ser un derecho de la mujer en las primeras 14 semanas, un derecho que existe solo desde 2010, y volvería a ser un delito despenalizado en ciertos supuestos, como lo era con la Ley de 1985. Además esos supuestos se reducían, y la posibilidad de la mujer de acogerse a ellos se restringía. Solo habría dos: violación y «grave peligro para la vida o la salud física o psíquica» de la mujer. Serían, de nuevo, los médicos, con requisitos más estrictos que en 1985 y un procedimiento más largo, los que decidirían si ese peligro existía. La presencia de malformaciones fetales gravísimas no sería motivo de aborto, aunque sí lo sería el efecto psicológico que eso tuviese en la embarazada.

Frente a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que extendió la capacidad de otorgar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de 16 y 17 años, equiparándolas al régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad establecido en el Código Civil e impidiendo, por tanto, a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el Código Civil en cuanto a la protección que éste reconoce, de poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad, nos encontramos con la modificación actual citada, Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, que afectaría a la Ley Orgánica 2/2010 suprimiendo el apartado 4 del artículo 13, así como el apartado 4 del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la

autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, pasando el aborto a ser nuevamente una de las tres excepciones en que una persona que ha cumplido 16 años necesite el consentimiento de sus tutores legales, junto a la reproducción asistida y los ensayos clínicos.

Y, con ello, además de haber ahondado en muchas otras cuestiones de interés y de imposible exposición en su totalidad en estas líneas de resumen, pongo punto y final a la exposición del tema objeto de estudio.

ABSTRACT

This study begins with the exposition of the three-dimensionalism theory by the Brazilian author Miguel Reale and its application in the development of Law, with the purpose of taking it as a basis for the structuring of the historical analysis of the regulation of abortion in our country. The approach to Miguel Reale's theory is done, not as a mere abstract and theoretical study of the same, but from a much more substantial aspect, applying its principles to the legal field in general, and to abortion in particular. The gist of this theory concentrates on three aspects: regulation, value and fact and to the deep interlocking of these elements. It includes the theory that every legal phenomenon is a fact, because it comes up to regulate a particular historical-social moment or situation, it is a value, since it represents a certain value of justice that one wants to preserve, and it is regulation, as it offers a guideline to follow in order to ensure the represented good of justice.

Once established the three-dimensional basis on which we will structure our study, it is started a specific analysis of the central figure of the thesis, abortion, initiating this approach with some introductory aspects about the same; aspects and discussions about the embryo, doctrinal positions with respect to the nasciturus; it all from the double problem area that exists when dealing with the subject: morality when it comes to manipulating the embryo and the problem of the moral and political justification of its legal prohibition, whichever the moral judgment on them is. By way of example, it should be highlighted that among the opposing positions the one of the Catholic Church claiming that any practice harmful to the embryo, which includes abortion, is immoral and, therefore, should be prohibited and punished.

Contrary to this, there would be the position that separates the moral issues from the legal ones. Thus, the fact that certain behaviour can be described as immoral, for example the destruction of an embryo, is not by itself a sufficient reason to justify its legal prohibition.

After the necessary definitions of abortion, I expose the historical evolution of abortion to have a comprehensive overview of what it has represented, especially in our country, but it is also

given a comprehensive overview of other countries, the different ways of considering it throughout history, its penalty or not, and its influence in its current regulation. The historical evolution of abortion is exposed and, as result of this evolution, it is observed as in early 20th century abortion began to be decriminalized in case of danger for the life of the mother and in order to protect her health. The review ends in the current regulation, the Organic Law 2/2010, of 3 March, on sexual and reproductive health and the voluntary interruption of pregnancy, while the latest regulations which have an impact on the subject will be mentioned and, even, alleged reforms that have never seen the light. The current law 2/2010 presents in a comprehensive way all rights relating to sexual and reproductive health. It is based on several international texts. And although it is not defined as a right as such (Title II), it seems that according to the expressions used in the text, the legislator does consider it as such, or at least as a health service to which one is entitled. It is even configured as if it were a «fundamental right», as the Fiscal Council indicated in an opinion delivered about it. In its analysis, I tackle all the fundamental points of this current regulation, one of them, concerning the consent of the minor, has been the subject of recent modification that later on was analyzed too.

Thus, this approach to the legal evolution of abortion is done from a comprehensive and complete perspective that goes beyond the mere exegetical analysis of the content of the rules. This is why the rules and their amendments are analysed, along with a review of the social, moral and political situation which necessarily contextualizes those rules and their amendments; all that enhanced with jurisprudence and statistics that help to reflect the reality that the figure implies.

The exposition done in the text about the conscientious objection to abortion has to be highlighted due to its enormous practical significance. From the very origins of the Rule of Law, respect for freedom of conscience has been considered one of the most fundamental rights, since it is assumed that human freedom and dignity are above the State itself. The recognition of the right to conscientious objection has been one of the most important achievements of the late 20th century in the field of human rights. Although the act of objecting is a problem of freedom of conscience, the grounds in the last place of the reasons that lead to it, would be the freedom of thought or freedom of religion. It must be indicated that conscientious objection, as such, is only recognised explicitly in the Spanish Constitution in relation to the compulsory military service (article 30). However, the Constitutional Court has stated that this right has a

constitutional basis on its article 16.1, which proclaims ideological freedom. About this one, I do a separate exposition in different sectors, starting by health workers, proceeding to the public official, to the judicial function in general and to the Attorney General's Office.

This study finishes with references and analysis of the latest rules that affect the topic object of study, such as the Organic Law 11/2015, of 21 September, to strengthen the protection of minors and women with judicially modified capacity in the voluntary interruption of pregnancy. It also analyses the draft bill for Organic Law of protection of the conceived one and the rights of the pregnant woman of 20 December 2013 (known as Gallardón's Law). Law, this latter, which has failed to enter into force, but whose social and political impact has reopened a great discussion about abortion, since it was a project that proposed the establishment of a more restrictive set of exceptions than the one in force because it meant that the termination of pregnancy would no longer be a right of the woman in the first 14 weeks, a right that only exists since 2010, and would become again a crime decriminalized in certain cases, as it was with the law of 1985. In addition, those exceptions were reduced, and the woman's possibility to be protected by them was restricted. There would only be two of them: rape and «serious danger to the life or to physical or mental health» of the woman. Doctors would be, once again, those who, with stricter requirements than in 1985 and a longer procedure, would decide if that danger existed. The presence of very serious foetal malformations would not be cause for abortion, although it would be the psychological effect that it would have in the pregnant woman.

Facing the Organic Law 2/2010, from 3 March, on sexual and reproductive health and on voluntary interruption of pregnancy, which extended the capacity to grant consent for the voluntary interruption of pregnancy to the minors of 16 and 17 years, equating them with the general regime applicable to women of legal age established in the Civil Code and preventing, therefore, parents and custodians from fulfilling the obligation contained in the Civil Code regarding the protection that this one recognizes, of being able to have, in a crucial and difficult moment of their life, the assistance of those who exercise their parental authority, we have the current amendment mentioned, Organic Law 11/2015, dated 21 September, which would affect the Organic Law 2/2010 by deleting paragraph 4 of article 13 as well as paragraph 4 of article 9 of the Law 41/2002, of 14 November, basic regulator of the autonomy of the patient and of rights and obligations in matters of information and clinical documentation, then

abortion becomes again one of the three exceptions in which a person who has reached the age of 16 needs the consent of her legal custodians, together with assisted reproduction and clinical trials.

And, with this, in addition to having examined thoroughly many other issues of interest and of impossible exposition in its entirety in these summarizing lines, I put point and end to the exposition the topic subject of study.

BIBLIOGRAFÍA DESTACADA

BARREIRO, J.: *"La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico"*, en Cuadernos de Política criminal, núm 16, 1982.

CASADO, M.:

"A propósito del aborto", Revista de Bioética y Derecho, núm. 12, enero de 2008.

DEL MORAL GARCÍA, A.: *"La objeción de conciencia en los miembros del Ministerio Fiscal"* (Ponencia presentada al curso "Objeción de conciencia y función pública" a celebrar los días 17 a 19 de mayo de 2006 en el marco del Programa de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial).

DWORKIN, Ronald:

"Los Derechos en Serio". Barcelona: Ariel. 1989.

"El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual", Editorial Ariel, Madrid, 1998.

FERRAJOLI, L.: *"La cuestión del embrión entre derecho y moral"*, en Revista de Facultad de Derecho de México, núm. 245, 2006.

FOSAR BENLLOCH, E.: *"La interrupción voluntaria del embarazo en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 en relación con el sistema europeo de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Examen de las decisiones de la Comisión europea"*, en Actualidad Civil, 1987, núm. 23, 452, pág. 1409 y ss.

GIMBERNAT ORDEIG, E:

"Constitución y aborto", en Estudios de Derecho penal, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1981.

"Pena de muerte y aborto", en Estudios de Derecho penal, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1981.

"Prólogo a la vigésima edición del Código Penal", Tecnos, Madrid, 2014.

HIGUERA GUIMERÁ, J. F.:

"El derecho Penal y la Genética", Trivium, Madrid, 1995.

"Los delitos relativos a la manipulación genética", en *Revista Actualidad Penal*, núm. 19, Madrid, 2001, págs. 403 a 438.

LORENZO, RODRIGUEZ-ARMAS, M.:

"Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: trabajos parlamentarios", en *Cuadernos Bartolomé*, núm. 48. Editado por Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid 2011.

"Del aborto a la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones jurídico-constitucionales en torno a la nueva Ley ante el anuncio de su reforma", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 31, 2012.

MARTÍN SANCHEZ, I.: *"Minoría de edad, libertad religiosa y salud"*, Universidad Autónoma de Madrid. (*Religión, matrimonio y Derecho ante el SXXI. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls*), vol. 1, Iustel, Madrid, 2013.

MUÑOZ CONDE, F.: *"Derecho Penal, Parte Especial"*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

NAVARRO VALLS, R.:

"Inconstitucionalidad y otras cuestiones en torno al proyecto de ley orgánica del aborto" en *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, núm. 9, Enero 2010, págs. 62 a 69.

"Las objeciones de conciencia" *Debate actual: revista de religión y vida pública*, núm. 12, 2009, págs. 35 a 50.

"La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo". *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 53, 2005, págs. 259 a 292.

"CONFLICTOS ENTRE CONCIENCIA Y LEY. Las objeciones de conciencia", en *Estudios doctrinales*, enero del 2011.

NAVARRO VALLS, R., JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M.A y MARTÍNEZ TORRÓN, J.: *“La objeción de conciencia a tratamientos médicos”*: Derecho Comparado y Derecho Español. Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, núm. 18, 1988. (Ejemplar dedicado a: Estado y fenómeno religioso), págs. 163 a 277.

NAVARRO VALLS, R., MARTÍNEZ SALMEAN, J. y SÁNCHEZ CARO, J.: *“La objeción de conciencia”*, Estudios de derecho judicial, núm. 29, 2000. (Ejemplar dedicado a: Bioética y justicia: (actas del Seminario conjunto sobre bioética y justicia, celebrado en Madrid del 6 al 8 de octubre de 1999)).

REALE, M.:

“Filosofía do direito”, 1953, 15.a ed., Sao Paulo, 1993.

“Teoría tridimensional del Derecho”, Tecnos, Madrid, 1997.

RECASENS SICHES, L.: *“Tratado General de Filosofía del Derecho”*, México, 1959, 17.a ed., EDITORIAL PORRUA, 2003.

RODRIGO LARA, M.B.: *“El consentimiento de la menor de edad para abortar en la Ley Orgánica 2/2010” (Religión, matrimonio y Derecho ante el SXXI. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls)*, vol.1, Iustel, Madrid, 2013.

RUBIO LARA, P. A.: *“La reproducción asistida no consentida: una propuesta de lege ferenda sobre la despenalización del aborto en este supuesto”*, en Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 251.

SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *“Accesoriedad y bien jurídico en delitos medioambientales: una constante paradoja en “religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI”*. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls, Volumen II. Derecho matrimonial, Derecho canónico, Otras especialidades jurídicas, Iuste, Madrid, 2013.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis planea la siempre controvertida figura del aborto. No obstante, lo novedoso del estudio que planteo es que el acercamiento a esta realidad se realiza no sólo desde el punto de vista jurídico, punto de vista, por otro lado, sobre el que hay infinidad de literatura y de estudios al respecto, sino también como una cuestión de carácter social, ético, político; en definitiva, un estudio pleno y global. De ahí que, para entender de manera fundamental esta polémica figura, incluyendo los enfoques reseñados, y para tratar de dar una visión global de la misma se haya acudido a la teoría tridimensional de Miguel Reale, máximo exponente, por otro lado, en el estudio y análisis del tridimensionalismo.

Dicho esto, y como se puede entender, el presente estudio, plantea la casi irrealizable tarea de construir una visión completa e integral de una realidad tan polémica como es el aborto. Para no caer en visiones o pensamientos subjetivos, la tesis va a analizar la figura del aborto desde el planteamiento filosófico jurídico completo, pero a la vez neutro, que ofrece la famosa y ya mencionada teoría tridimensional del derecho. De ahí, que no se pueda comenzar el estudio sin hacer mención al **tridimensionalismo de Miguel Reale y su aplicación en la evolución del Derecho, en general, y al aborto, en particular.**

Aunque sorprenda esta postura y este acercamiento novedoso y necesario al aborto, la teoría realiana, entiende que ***“Una norma jurídica es la integración de algún elemento de la realidad social en una estructura reguladora obligatoria¹”***. Por lo que, aplicado al tema que nos ocupa, nos aporta la interesante visión que entiende que el aborto es mucho más que una problemática meramente positiva; el aborto es una suma de factores sociales, históricos, éticos y jurídicos que van definiendo la evolución del tratamiento positivo del mismo. La teoría de Miguel Reale se va estudiar, por tanto, no desde una perspectiva puramente histórica, sino desde su aspecto sustantivo, aplicando sus principios al campo jurídico, la cual será objeto de un estudio más profundo en las páginas siguientes.

¹ REALE, M., *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 125.

Se hace mención a las perspectivas de los filósofos y los juristas y exponiendo como ambas posturas se complementan concluyendo que el Derecho, como realidad compleja compuesta de múltiples facetas, debe de ser estudiado desde diferentes disciplinas, no siendo sostenible su visión como fenómeno meramente normativo.

Una vez sentadas las bases filosóficas y la perspectiva de acercamiento a la figura del aborto, el trabajo se introduce en los aspectos más conceptuales e históricos que rodean la realidad a tratar. Para ello, y como referencia obligada hay que tratar el tema del embrión, eje central en la determinación de la aceptación o rechazo del aborto y las posiciones que separan o unen las cuestiones morales de las jurídicas, y en este aspecto concreto, lo que señala la doctrina constitucional al respecto del nasciturus. Así, el artículo 15 de la Constitución Española establece que “todos tienen derecho a la vida”. Ese derecho a la vida se vio limitado por primera vez, al menos en lo que al nasciturus se refiere, mediante la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de Julio, que despenalizaba el aborto en tres supuestos: supuesto terapéutico (riesgo grave para la salud física o psíquica de la madre), supuesto criminológico (violación), y supuesto eugenésico (malformación física o psíquica del feto).

Dicho esto, y al centrarse el debate del aborto sobre si es más importante o no valorar la vida del feto frente a la voluntad de la madre analizamos en nuestra tesis los argumentos en torno a los cuáles se estructura esta discusión y que son bien conocidos. Algunos creen que el feto tiene derecho a la vida, por lo que no aceptan que la voluntad de la madre pueda prevalecer ante una vida humana. Otros consideran que el feto, especialmente en las primeras semanas, tiene poco o ningún valor y que, por tanto, es la mujer la que puede libremente decidir qué quiere hacer, acogiéndose a su derecho a poder elegir y a la disposición de su propio cuerpo y no admiten que se pongan barreras a la acción de abortar, pues con ello se estaría violando de manera gratuita la libertad de la madre. Frente a estos dos extremos, mucha otra gente niega que el feto sea persona y pueda gozar, consecuentemente, del derecho a la vida, pero tampoco creen que sea simplemente una célula del cuerpo de la mujer. Al atribuir valor tanto a la vida en desarrollo como a la voluntad e intereses de la madre, conciben el aborto como una decisión difícil pero admisible en determinadas circunstancias.

Expuestos los argumentos en torno a los cuales se centra la discusión entre el binomio vida del feto - voluntad de la madre, es de vital relevancia enumerar las diferentes posturas *principales a favor y en contra del aborto, las cuales están íntimamente relacionadas según se mantenga una u otra postura o se considere el embrión objeto de vida humana o no, incluyendo su vista desde el prisma de los Derechos Humanos a nivel mundial*. Caben destacar, como ejemplo, la de **Derechos Humanos**, que expone como argumentos para la defensa de éste, por ejemplo, que las restricciones legales al aborto tienen un impacto devastador en el derecho a la vida de las mujeres, o el derecho a la salud y a la atención médica, derechos a la no discriminación y a la igualdad, a la libertad, a la seguridad personal, a gozar de los beneficios del progreso científico, etc; de diferentes **Organizaciones Nacionales o Internacionales**, como la Federación de Planificación Familiar, que creen en el libre ejercicio de derechos sexuales y reproductivos de la población; **Amnistía Internacional** exigiendo a los gobiernos que pongan fin al uso ilegítimo de la legislación penal para controlar la sexualidad y la reproducción; Naciones Unidas que se plantea incluso calificar al aborto como “derecho humano”; la **Organización Mundial de la Salud**, que relaciona la despenalización del aborto con la prohibición general de la tortura, etc.

También analizamos en la tesis si existe reconocimiento en textos Internacionales de estas posturas a favor del aborto, mencionando, así, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) dónde únicamente se reconoce expresamente el derecho a la vida como “inherente” a todo ser humano.

En lo referente a las posturas en contra, expongo en la tesis los argumentos pro-vida referentes al aborto que fundamentalmente se resumen en considerar que un ser humano biológicamente identificado como distinto e individual, está presente desde el momento de la concepción. Para los defensores de esta postura, el valor objetivo del ser humano parece inexistente para muchos y lo único que se tiene en cuenta son los sentimientos que cada situación provoque en el sujeto que la viva o la contemple.

Finalmente, convendría recordar que las Naciones Unidas rechazan el aborto como medio de planificación familiar (Conferencia Internacional sobre Población y Recursos, El Cairo 1994); que el Fondo de Población de las Naciones Unidas lucha contra el aborto mediante la difusión de

políticas que indirectamente lo reduzcan. Implícitamente, el aborto es considerado por la ONU como un mal y la función de la planificación familiar debe ser precisamente el evitarlo y no convertirlo en un elemento más de la misma, como sucede de facto en nuestros países. Algo que deberían asumir tanto los poderes públicos como los centros que operan en España.

En definitiva, el aborto se caracteriza por ser un asunto en el que están implicados los principios más básicos de los individuos. El centro de la discusión versa sobre algo tan esencial como es el significado y alcance de la vida humana. Es una cuestión sobre la que hay un desacuerdo profundo, un enfrentamiento difícilmente reconciliable, formando así parte de un conjunto de asuntos en los que se discute las opciones de vida de los individuos.

Analizada la protección constitucional del embrión y el conflicto de derechos producido entre la vida de la madre y el nasciturus, y tras las diferentes definiciones de aborto, tomando como ejemplo, la de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que lo define como “ la interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno”, expongo en la tesis **la evolución histórica del aborto** para tener una visión global de lo que ha supuesto, especialmente en nuestro país, aunque también se da una visión global de otros países, los diferentes modos de considerarlo a lo largo de la historia, su penalización o no, y su influencia en la regulación actual del mismo y como la misma ha ido cambiando con el paso del tiempo. Es justamente en este apartado de nuestra tesis donde se enlaza íntimamente la regulación del aborto con la teoría tridimensional del derecho del ya mencionado Miguel Reale, ya que el aborto, al producir importantes divisiones en torno a principios fundamentales, pone en dificultad al sistema democrático y saca a relucir las tensiones propias de las democracias constitucionales y representativas. De ahí que sea especialmente interesante el estudio de cómo las democracias funcionan en la resolución de una cuestión moral como el aborto, apuntando que los cambios sociales producidos a lo largo de los años y la evolución que la sociedad ha ido experimentando , ha tenido consecuencias en las transformaciones de valores y de principios de la sociedad en general y de los individuos en particular, que ha conllevado que el legislador se haya tenido que ir adaptando a dichas transformaciones, y haya ido legislando, en este supuesto sobre el aborto en particular, teniendo en cuenta la percepción que en cada momento social y cultural tenía la sociedad respecto del aborto, dando como resultado una legislación penalizadora o permisiva del aborto atendiendo a dichas percepciones sociales y culturales y éticas. De ahí, y como ya hemos expuesto, que en la exposición de

nuestra tesis, traigamos a colación a la ya mencionada teoría tridimensional del derecho, con su axioma: “HECHO-VALOR-NORMA”, para llegar a la conclusión de que un determinado hecho, en este caso, la posibilidad o decisión de abortar, va unido a un determinado valor y, en función de ese valor implícito al hecho en cuestión, el legislador promulga la norma en un sentido o en otro. De esta manera, el aborto es un tema al que se recurre con frecuencia a la hora de ilustrar cómo deberían funcionar las democracias. O, desde otra perspectiva, el aborto se ha tratado (aunque poco) en análisis empíricos cuyo objetivo era sacar conclusiones sobre el estilo de la toma de decisiones en distintos países, y no extraer todas las consecuencias para la democracia que tiene el hecho de que sea un asunto moral².

Así, cuando el estado legisla sobre estas cuestiones opta por autorizar o prohibir lo que pueden hacer los individuos. Por tanto, las políticas sobre asuntos morales son esencialmente regulativas. Ahora bien, no todas las cuestiones en las que se autorizan o prohíben las alternativas de la gente tienen un carácter moral. La principal diferencia entre las políticas sobre cuestiones de carácter moral y otro tipo de políticas regulativas es que las primeras tratan los derechos, principios o valores básicos de los individuos. De ahí que el desacuerdo en este tipo de asuntos provoque fracturas o divisiones sociales más profundas de las que se producen en otros ámbitos. Dentro de lo que son las cuestiones morales, el aborto, al igual que la eutanasia, tiene un estatus especial. Frente a otros asuntos, en los que la discusión parece reflejar distintas valoraciones sobre opciones de vida (independientemente de que afecten a los derechos y libertades de los individuos), en éstos el enfrentamiento se debe a distintas valoraciones acerca de la vida en sí misma.

Gran parte del texto que presento realiza un trabajo comparativo entre las diferentes legislaciones relativas al aborto derogadas, vigentes o en proceso de reforma; reformas que han tenido un calado social tan importante que se hace necesario aclarar qué medidas han seguido adelante y cuáles se han quedado por el camino.

Así, en nuestro país, y en cuanto a las leyes del aborto, se ha evolucionado de la Ley de supuestos de 1985 hasta una Ley de plazos de 2010. España ha tenido dos leyes sobre el aborto. Hasta 1985 la interrupción voluntaria del embarazo fue siempre delito. Solo se permitió

²Véanse los artículos sobre la política del aborto en distintos países recogidos en J. Lovenduski y J. Outshoom, *The New Politics of Abortion*. (Londres: Sage, 1986).

por un breve espacio de tiempo en Cataluña durante la II República entre 1936 y 1938, en plena guerra civil. A partir de 1985, con la LO 9/1985, de 5 de Julio, se despenalizaron tres supuestos: violación, riesgo para la salud física y psíquica de la madre y malformación el feto. En 2010 entra en vigor la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, en la que se introduce el sistema de plazos actualmente en vigor, que permite el aborto libre en las 14 primeras semanas de gestación³. La ley de 2010 les permite abortar sin consentimiento, aunque sí información, de los progenitores, salvo que exista riesgo de violencia familiar. Las jóvenes de 15 años o menores necesitarán siempre permiso paterno.⁴

Es muy ilustrativa la lectura de la exposición de motivos de la mencionada Ley 2/2010, a fin de colocar toda la problemática en su contexto concreto: El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuando tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o formación. La protección de este ámbito de autonomía personal tiene una singular significación para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos. La especial relación de los derechos de las mujeres con la protección de la salud sexual y reproductiva ha sido puesta de manifiesto por diversos textos internacionales. Así, en el ámbito de Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 34/180, de 18 de

³En diciembre de 2013, el Gobierno del Partido Popular presentó un proyecto de reforma de la ley del aborto que eliminaba la posibilidad de abortar libremente en las primeras semanas y establecía un sistema de indicaciones más restrictivo que el de 1985 al eliminar las malformaciones como supuesto específico para abortar y exigir dos informes (en vez de uno) para demostrar el daño en la salud psíquica y mental de la madre. Ante la falta de consenso, el Presidente del Gobierno, el Sr. Rajoy, anunció la retirada del anteproyecto de ley en septiembre de 2014.

⁴En febrero de 2015, el PP registró en el Congreso una nueva reforma de la ley del aborto, pero esta vez puntual, para exigir el consentimiento paterno a las menores de 16 y 17 años que quieren interrumpir su embarazo., reforma que ha visto la luz el 22 de Septiembre de 2015.

diciembre de 1979, establece en su artículo 12 que «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, incluidos los que se refieren a la planificación familiar». Por otro lado, la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995, ha reconocido que «los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia». En el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo ha aprobado la Resolución 2001/2128(INI) sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados, en la que se contiene un conjunto de recomendaciones a los Gobiernos de los Estados miembros en materia de anticoncepción, embarazos no deseados y educación afectivo sexual que tiene como base, entre otras consideraciones, la constatación de las enormes desigualdades entre las mujeres europeas en el acceso a los servicios de salud reproductiva, a la anticoncepción y a la interrupción voluntaria del embarazo en función de sus ingresos, su nivel de renta o el país de residencia. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, establece la obligación de los Estados Partes de respetar «el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener [...] a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a que se provean los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos», así como a que «mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que los demás».

El primer deber del legislador es adaptar el Derecho a los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular, procurando siempre que la innovación normativa genere certeza y seguridad en las personas a quienes se destina, pues la libertad sólo encuentra refugio en el suelo firme de la claridad y precisión de la Ley. Ese es el espíritu que inspira la nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo.

Hace 30 años, el legislador, respondiendo al problema social de los abortos clandestinos, que ponían en grave riesgo la vida y la salud de las mujeres y atendiendo a la conciencia social mayoritaria que reconocía la relevancia de los derechos de las mujeres en relación con la maternidad, despenalizó ciertos supuestos de aborto. La reforma del Código Penal supuso un

avance al posibilitar el acceso de las mujeres a un aborto legal y seguro cuando concurriera alguna de las indicaciones legalmente previstas: grave peligro para la vida o la salud física y psíquica de la embarazada, cuando el embarazo fuera consecuencia de una violación o cuando se presumiera la existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. A lo largo de estos años, sin embargo, la aplicación de la ley ha generado incertidumbres y prácticas que han afectado a la seguridad jurídica, con consecuencias tanto para la garantía de los derechos de las mujeres como para la eficaz protección del bien jurídico penalmente tutelado y que, en contra del fin de la norma, eventualmente han podido poner en dificultades a los profesionales sanitarios de quienes precisamente depende la vigilancia de la seguridad médica en las intervenciones de interrupción del embarazo.

La necesidad de reforzar la seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido enfatizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 20 de marzo de 2007 en la que se afirma, por un lado, que «en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada» y, por otro lado, que «una vez que el legislador decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo».

En una sociedad libre, pluralista y abierta, corresponde al legislador, dentro del marco de opciones que la Constitución deja abierto, desarrollar los derechos fundamentales de acuerdo con los valores dominantes y las necesidades de cada momento histórico. La experiencia acumulada en la aplicación del marco legal vigente, el avance del reconocimiento social y jurídico de la autonomía de las mujeres tanto en el ámbito público como en su vida privada, así como la tendencia normativa imperante en los países de nuestro entorno, abogan por una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presidida por la claridad en donde queden adecuadamente garantizadas tanto la autonomía de las mujeres, como la eficaz protección de la vida prenatal como bien jurídico. Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1607/2008, de 16 abril, reafirmó el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada y, en consecuencia, ha invitado a los Estados miembros a despenalizar el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables.

Por otro lado, con respecto a la **situación actual o vigente de la regulación del aborto** se ha modificado recientemente **el tema del consentimiento de las menores**. Así, el 22 de septiembre, se ha publicado la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.⁵

Ante la complejidad de la figura que abordamos y la cantidad de datos que pueden construir un contorno exacto de la misma, el presente trabajo está enriquecido con la inclusión de estadísticas que ofrecen una visión mucho más realista del aborto en cada momento histórico. Uno de los motivos que con más frecuencia postulan los defensores de la regulación del aborto, son las consecuencias en la salud del aborto ilegal e inseguro, clandestino, que es a lo que conduce, según ellos, a la prohibición del aborto legal. Se incluyen estadísticas al respecto y los datos proporcionados, por ejemplo, en diferentes informes sobre el tema de la OMS, UNICEF o la ONU, y por el Ministerio de Sanidad en cuanto al número de abortos realizados en nuestro país a lo largo de los años y a partir de 1985. Las cifras reales del aborto en el mundo son imposibles de confirmar fehacientemente. Se sabe que los organismos internacionales estiman que cada año cincuenta millones de niños no llegan a ver la luz por causa del aborto; de ellos, la mitad perecen bajo el amparo de las leyes abortivas. El aborto en el mundo causa hoy, en un año, casi tantas víctimas como la II Guerra Mundial. Los datos también indican que unas veinte mil mujeres pueden fallecer en el mundo por las consecuencias negativas que para la salud de la madre se derivan del aborto. En Europa se producen anualmente más de dos millones de abortos.⁶ En España más de cien mil.⁷ En España y en Europa el aborto ha pasado a ser la primera causa de defunción.

En nuestro país, desde la despenalización parcial del aborto de 1985, se ha producido un lógico y constante incremento del número de abortos. En la última década se ha pasado de los algo más de cuarenta mil de principios de los noventa a los cien mil actuales, y ello, pese a la reducción de la natalidad, la generalización de los medios anticonceptivos primero y la expansión de los contraceptivos después, de las numerosas y magníficamente financiadas campañas de información sexual y planificación familiar, etc., que han convertido España en

⁵ BOE núm. 227, martes 22 de septiembre de 2015. Sec. I. pág. 83586.

⁶ Oficina estadística de la Comisión Europea (EUROSTAT) <http://ec.europa.eu/eurostat/> Datos para el año 2010. (Consultado el 4 de mayo de 2014).

⁷ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. <http://www.msssi.gob.es>. Datos para el año 2013. (Consultado el 17 de febrero de 2014).

uno de los países que tienen el dudoso orgullo de poseer una de las más bajas tasas de natalidad del globo y con un porcentaje altísimo de población que supera los sesenta años. Teniendo presente que las estadísticas oficiales sólo recogen el número de las Interrupciones Voluntarias del Embarazo (IVE) transmitidas por los centros públicos o privados en que se practican, nos encontramos con una cifra que podría superar el millón de no-nacidos , que no han nacido en España desde 1985 en función de la aplicación de la Ley.

La opinión pública española, sea por la propaganda pro-aborto más o menos encubierta que existe, sea por la lenta desaparición de la moral objetiva, sea por la expansión del materialismo y el hedonismo como base de la nueva filosofía y moralidad social, o por los motivos que sean; ha ido cambiando en las últimas décadas. Aunque no contamos con análisis específicos, si rastreamos en las encuestas del CIS, nos encontramos con cambios significativos: de la oposición total y mayoritaria que existía antes de la legalización hemos pasado a un crecimiento constante del relativismo frente al aborto por parte de la mayoría de la población. Hoy el 34% de la población se presenta como tolerante ante el aborto y el 42% como poco tolerante, lo que significa que, aun estando moralmente en contra de forma genérica, lo admitirían según qué casos. Los que se manifiestan rotundamente en contra son una minoría, un 10% y más minoritarios son los que lo hacen rotundamente a favor, un 6%. Es evidente que la población española presenta un alto grado de indefinición y que, en este como en tantos otros temas, se deja llevar por los vientos imperantes del momento. Ahora bien, el dato positivo, es que en esa misma mayoría permanecen todavía los restos de la educación recibida que es la que, realmente, ha impedido la despenalización legal absoluta, aun cuando, en la práctica, sea casi una realidad. Teniendo presente estos datos es fácil deducir que la lucha contra el aborto, pasa por una reeducación, una concienciación de los españoles en esta materia si no se quiere que poco a poco, como anotamos antes, el aborto sea simplemente fría estadística.

La realidad es que creo que no existe un preciso control sobre todos estos datos, por razones muy diversas y difíciles de explicar, hecho por el que creí preciso incluir en la tesis un apartado referente a la **objeción de conciencia** sobre el aborto. Objeción de conciencia recogida expresamente en la Constitución sólo en lo referente al Servicio Militar, pero que el Tribunal Constitucional ha extendido a la figura del aborto. Hago una exposición separada de ésta en diferentes sectores, comenzando por los profesionales sanitarios. Así, ante el aborto, los

médicos pueden negarse a practicarlo acogiéndose a la cláusula de la objeción de conciencia frente al mismo. Una importantísima parte de la clase médica se niega a practicarlos porque la ley no lo permitía, lo que constituye otro frente importantísimo contra el aborto. De hecho, el número de abortos que se practican en centros públicos de salud es muy reducido y la mayoría son realizados ante situaciones extremas para la salud de la madre. Para facilitar la práctica del aborto las autoridades públicas, ante la negativa médica, han propiciado el desarrollo de centros privados. En las series estadísticas se observa que en esa red de centros privados, hospitalarios o no, se practican el 97% de los abortos que se producen en España, cifra que permanece invariable desde principios de los noventa. De ellos, el 90% se realizan en clínicas o centros especializados. En estos puntos parece fácil obtener la correspondiente certificación de riesgo y el alargamiento de los plazos gracias a una interpretación laxa de la Ley.

Para una visión completa de la evolución y regulación del aborto es ineludible realizar una referencia completa al **Derecho Internacional**, y como los mecanismos internacionales de derechos humanos se han pronunciado a favor de liberar las leyes sobre el aborto, y han incluido en sus recomendaciones a España.

Además, la temática que abordo conecta con otros muchos temas problemáticos que no pueden desconocerse a la hora de lograr una visión integral de aborto. De ahí que se incluya un amplio apartado en el que se trata el tema de la **reproducción asistida no consentida y el aborto**. Se mencionan en la tesis las diferentes técnicas de reproducción asistidas existentes, como por ejemplo, la más usual, la inseminación artificial, cuya realización constituye, en principio, un método lícito que se aplica en los supuestos de esterilidad considerada como una enfermedad. Su fundamento se encontraría en el derecho constitucional a la salud, del artículo 15 C.E. La intervención penal se concretaría en el supuesto en que la reproducción asistida sea no consentida, y, en concreto, tal conducta se recoge como típica en el citado artículo 161, párrafo primero del Código Penal.

Por tanto, y para concluir, el tema del aborto es un tema multifacético. Así, tenemos el aspecto médico o clínico, el aspecto psicológico, el sociológico, el económico, el ético-filosófico, y también y por supuesto, el aspecto jurídico. Probablemente sea el aborto uno de los temas más idóneos para su tratamiento a todos los niveles de la realidad y, al mismo

tiempo, una cuestión generalmente apoyada con mayor peso en puntos de vista previos o experiencias personales que en la reflexión sobre el mismo.

El aborto se presenta como tema de convencimientos y supuestos personales entremezclados con aspectos sociales, jurídicos y médicos, incluyendo también algunas aportaciones a la bioética. Desde hace decenios sigue generando una problemática que provoca propuestas de cambios por parte de alguna de las disciplinas relacionadas, que causan controversias con una o varias de las otras. Por ello, los intentos para llegar a soluciones a escala global o transaccional en la actualidad, deben considerarse no prácticos o prematuros. Tanto en los Estados Unidos de América como en Europa la legislación, los tratados y los tribunales constitucionales conjuntamente construyeron una base para que se considere persona al no nacido, es decir, una base con que dar al feto o incluso al embrión acceso a los derechos humanos. A la vez hicieron y están haciendo excepciones a la “condición de persona” del feto y a sus derechos implícitos con respecto al aborto. Por otra parte, se acepta la libertad de decisión de las mujeres, pero limitada en el tiempo o por valoraciones médicas. En ambas construcciones legales se suele dejar abierta la posibilidad de un aborto en caso de violación o de graves riesgos para la salud de la madre.

Las decisiones judiciales al respecto difieren según los países pero, a través de las interpretaciones de los convenios internacionales sobre el aborto y temas relacionados, parece que se está llegando si no al consenso, al menos a una concreción de lo que son los datos científicos innegables que subyacen.

INTRODUCTION

This thesis contemplates the always controversial abortion figure. However, the novelty of the study that I pose is that the approach to this reality is not only from the legal point of view, point of view about which, in addition, there are plenty of literature and studies on the subject, but also as a matter of social, ethical and political nature; in short, a complete and comprehensive study. Hence, to fundamentally understand this controversial figure, including the outlined approaches, and in order to try to give an overall view of it one has come to the three-dimensional theory of Miguel Reale, maximum exponent in the study and analysis of the three-dimensionalism.

That said, and as it can be understood, this study considers the almost impossible task of building a complete and integral vision of a reality as controversial as abortion. To avoid subjective visions or thoughts, the thesis will analyze the figure of abortion from the full, but at the same time neutral, legal philosophical approach that offers the famous and already mentioned three-dimensional theory of law. Hence the fact that the study can not be started without mentioning the theory of three-dimensionalism by Miguel Reale and its application on the evolution of Law, in general, and on abortion, in particular.

Although this position and this new and necessary approach to abortion may be surprising, the realian theory, indicates that «A legal rule is the integration of some element of social reality in a mandatory regulatory structure». So, this applied to the subject that concerns us, it gives us the interesting view that understands that abortion is much more than a purely positive problem area; abortion is a sum of social, historical, ethical and legal factors that define the evolution of its positive treatment. Therefore, the theory of Miguel Reale will be studied not from a purely historical perspective, but from its substantive aspect, applying its principles to the legal field.

The perspectives of philosophers and jurists are mentioned and exposing the way both positions complement each other concluding that Law, as a complex reality made up of

multiple facets, should be studied from different disciplines, not being sustainable as a merely normative phenomenon.

Once established the philosophical basis and the prospect of approaching to the figure of abortion, the work gets inserted into the more conceptual and historical aspects surrounding reality to be treated. To do this, and as a must reference, one has to treat the theme of embryo, central axis in the determination of acceptance or rejection of abortion and the positions that separate or join the moral issues to the legal ones, and in this particular aspect, what the constitutional doctrine points out with regard to the nasciturus. Thus, article 15 of Spanish Constitution establishes that «everyone is entitled to life». That right to life was limited for the first time, at least as far as the nasciturus is concerned, by Organic Law 9/1985, of 5 July, that decriminalized abortion in three cases: therapeutic case (serious risk to the physical or mental health of the mother), crime case (rape), and eugenic case (physical or psychic malformation of the foetus).

That said, and focusing the debate on abortion on whether it is more important or not to value the life of the foetus against the will of the mother, we analyze in our thesis the well-known arguments on which this discussion is structured. Some people believe that the foetus has right to life, so that they do not accept that the will of the mother can prevail before a human life. Others consider that the foetus, especially in the first few weeks, has little or no value and that, therefore, it is the woman who can freely decide what she wants to do, under its right to choose and the disposition of her own body and they do not admit that nobody hinders the action of aborting, as this would violate the mother's freedom without justification. Against these two extremes, many other people deny that the foetus is person and can enjoy, as a result, the right to life, but they do not think either that it is simply a cell in the body of the woman. Attributing value both to life in development and to the will and interests of the mother, they conceive abortion as a difficult decision but permissible in certain circumstances.

Exposed the arguments around which discussion focuses between the pairing life of the foetus - will of the mother, it is of vital importance listing the different principal positions for and against abortion, which are closely related depending on whether you keep one position or the other or on whether the embryo is deemed object of human life or not, including its view through the prism of Human Rights on a global basis. It should be highlighted, for example, that

of Human Rights, which exposes as arguments for its defence, for example, that the legal restrictions to abortion have a devastating impact on the right to life of women, or the right to health and medical care, rights to non-discrimination and to equality, to freedom, to personal safety, to enjoy the benefits of scientific progress, etc; that of different National or International Organizations, such as the Planned Parenthood Federation, that believe in the free exercise of sexual and reproductive rights of the population; Amnesty International urging Governments to put an end to the illegitimate use of criminal law to control sexuality and reproduction; United Nations that even propose to described abortion as a «human right»; the World Health Organization, which relates the decriminalization of abortion to the general prohibition of torture, etc.

It is also analyzed in the thesis whether there is recognition in international texts of these positions in favour of abortion, thus mentioning the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women (1979), the International Covenant on Civil and Political Rights (1966) where it's only expressly recognized the right to life as «inherent» to every human being.

Regarding the positions against, I discuss in the thesis the pro-life arguments concerning abortion which are basically summarized in considering that a human being biologically identified as distinct and individual is present from the moment of conception. For defenders of this position, the objective value of the human being seems nonexistent for many and all that is taken into account are the feelings that every situation provokes in the subject than lives or observes it.

Finally, it should be advisable to recall that United Nations reject abortion as a means of family planning (International Conference on Population and Resources, Cairo 1994); that the United Nations Population Fund fights against abortion through the promotion of policies that indirectly reduce it. Implicitly, abortion is considered by the UN as something wrong and the role of family planning must be precisely to avoid it and not turn it into one more element of the same, as happens de-facto in our countries. Something that should take over both the public authorities and the centres operating in Spain.

In short, abortion is characterized for being a matter in which the most basic principles of individuals are involved. The centre of the discussion is about something as essential as it is the meaning and scope of human life. It is a matter on which there is a deep disagreement, a confrontation hardly reconcilable, thus forming part of a set of issues where the life options of individuals are discussed.

Once analyzed the constitutional protection of the embryo and the rights conflict occurred between the life of the mother and the nasciturus, and after the various definitions of abortion, taking as an example, that of the World Health Organization (WHO) which defines it as «the interruption of pregnancy when the foetus is not viable yet outside the mother's womb», I expose in the thesis the historical evolution of abortion to have a global vision of what it has supposed, especially in our country, but it is also offered an overview of other countries, the different ways of considering it throughout history, its penalization or not, and its influence on the current regulation of the same and the way it has changed with the passage of time. It is precisely in this section of our thesis where the regulation of abortion bounds intimately with the three-dimensional theory of law of the aforementioned Miguel Reale, since abortion, producing important divisions on fundamental principles, puts the democratic system in difficulty and brings up the tensions inherent to the constitutional and representative democracies. Hence, it is especially important the study of how democracies work on the resolution of a moral issue such as abortion, pointing out that the social changes throughout the years and the evolution that society has undergone, have had consequences in the transformation of values and principles of the society in general and of individuals in particular, which has implied that the legislator has had to get adapted to these changes, and he has been legislating, particularly in this case of abortion, taking into account the perception that in every social and cultural moment the society had with respect to abortion, resulting in an incurring or permissive abortion legislation according to these social and cultural and ethical perceptions. Hence, and as already exposed, that in our thesis exhibition, the aforementioned three-dimensional theory of law is brought up, with his axiom: "FACT-VALUE-NORM", to reach the conclusion that a specific event, in this case, the possibility or decision to have an abortion, is linked to a certain value and, depending on that implicit value, to the fact in question, the legislator enacts the rule in one direction or another. In this way, abortion is a topic that is frequently used to illustrate how democracies should work. Or, from another perspective, abortion has been dealt with (though little) in empirical analysis aimed to draw conclusions

about the style of decision making in different countries, and not to draw all the consequences for democracy that has the fact that it is a moral issue.

Thus, when the State legislates on these issues, it chooses to authorize or prohibit what individuals can do. Therefore, policies on moral issues are essentially regulatory. Having said that, not all the issues in which the people's alternatives are authorized or forbidden have a moral character. The main difference between policies on issues of moral character and other type of regulatory policies is that the first ones handle the rights, principles or basic values of individuals. That is why the disagreement on this kind of issues causes fractures or deeper social divisions than those which occur in other areas. Within the scope of moral issues, abortion, just as euthanasia, has a special status. Differently to other issues, where the discussion seems to reflect different valuations on life choices (regardless of whether they affect the rights and freedoms of individuals or not), in these ones the confrontation is due to different evaluations about life itself. Much of the text presented does a comparative work between the different laws relating to abortion: repealed, in force or in the process of reform ones; reforms that have had a social weight so important that it is necessary to clarify what steps have gone ahead and which ones have been left on the road.

Thus, in our country, and in terms of abortion laws in Spain, we have evolved from the Law of Assumptions of 1985 until a Law of deadlines of 2010. Spain has had two laws on abortion. Until 1985 the voluntary interruption of pregnancy was always a crime. It was only allowed for a brief period of time in Catalonia during the Second Republic between 1936 and 1938, during the civil war. Since 1985, with the Organic Law 9/1985, of 5 July, three assumptions were decriminalized: rape, danger to the physical and mental health of the mother and foetus malformation. In 2010, the Organic Law 2/2010 of 3 March enters into force, concerning the sexual and reproductive health and the voluntary interruption of pregnancy, in which it is introduced the system of deadlines currently in force, which allows unrestricted abortion in the first 14 weeks of gestation. The law of 2010 allows women under the age of 18 to have an abortion without consent, although informing the parents, unless there is risk of family violence. The 15-year-old teenagers or younger will always require parental permission.

It is very illustrative reading the exposition of reasons of the above-mentioned Law 2/2010, in order to place all the problems in their specific context: «The development of sexuality and

reproductive capacity of procreation are directly related to the person dignity and to the free development of the personality and are protected through various fundamental rights, notably those which guarantee the physical and moral integrity and personal and family privacy. The decision to have children and when to have them constitutes one of the most intimate and personal issues that people face throughout their lives, comprising an essential area of individual self-determination. Public authorities are obliged to not interfere with such decisions, but one should also establish the conditions to make them free and responsibly, putting within the reach of those who need it health care, counselling or training services.

The protection of this area of personal autonomy has a singular significance for women, for whom pregnancy and motherhood are facts that profoundly affect their lives in every way. The special relationship of women rights with the protection of sexual and reproductive health has been brought to light by various international texts. Thus, in the context of United Nations, the Convention on the elimination of all forms of discrimination against Women, adopted by the General Assembly by Resolution 34/180 of 18 December 1979, establishes in its article 12 that “States parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, in conditions of equality between men and women, access to health care services, including those relating to family planning”. Moreover, the Beijing Platform for Action agreed at the IV Conference of United Nations on women held in 1995, has acknowledged that “the human rights of women include the right to have control and to decide free and responsibly about their sexuality, including sexual and reproductive health, free of pressure, discrimination and violence”. In the field of the European Union, the European Parliament has approved the Resolution 2001 / 2128 (INI) on sexual and reproductive health and the associated rights, in which is contained a set of recommendations to the Governments of the Member States in matters of contraception, unwanted pregnancy and sexual affective education having as a base, among other considerations, the finding of the enormous inequalities among European women in the access to reproductive health services, to contraception and to voluntary termination of pregnancy on the basis of their earnings their level of income or the country of residence.

For its part, the Convention on the rights of persons with disabilities of December 13, 2006, ratified by Spain, establishes the obligation of States Parties to respect “the right of persons with disabilities to decide freely and responsibly the number of children they want to have [...]

to have access to information, education on reproduction and family planning appropriate for their age and to provide the means needed that enable them to exercise these rights”, as well as to “maintain their fertility, in equal conditions as the others”.»

The first duty of the legislator is to adapt Law to the values of the society whose relations it has to regulate, always ensuring that the regulatory innovation generate certainty and security in people to whom it is addressed, because freedom only finds refuge on the solid ground of the clarity and precision of Law. That is the spirit which inspires the new regulation of voluntary interruption of pregnancy.

Thirty years ago, the legislator, responding to the social problem of clandestine abortions, which put at serious risk the lives and health of the women and in accordance with the majority social conscience that recognized the importance of the rights of women in connection with maternity, decriminalized certain cases of abortion. The reform of Criminal Code was a step forward when it facilitated women the access to a safe and legal abortion when coinciding any of the legally foreseen indications: serious danger to the life or to the physical and mental health of the pregnant woman, when the pregnancy is the result of a violation or when it is presumed the existence of serious physical or mental defects in the foetus. Throughout these years, however, the application of the law has generated uncertainties and practices that have affected legal security, with consequences both for the guarantee of the rights of women and for the effective protection of criminally protected legal good and that, against the purpose of the rule, eventually have possibly put in difficulties to health professionals on whom precisely depends the surveillance of medical safety in the interventions of termination of pregnancy.

The need to strengthen legal security in the regulation of voluntary pregnancy interruption has been emphasised by the European Court of Human Rights in its sentence of 20 March 2007 which states, on the one hand, that «in this type of situations the legal provisions must, first and foremost, ensure the clarity of the pregnant woman’s legal position» and, on the other hand, that «once the legislator decides to allow abortion, he should not structure its legal framework in a way that it limits the real possibilities to obtain it».

In a free, pluralistic and open society, it corresponds to the legislator, within the framework of options that the Constitution leaves open, to develop the fundamental rights in accordance

with the dominant values and the needs of each historical moment. The accumulated experience in the implementation of the existing legal framework, the advance of social and legal recognition of women's autonomy both in the public sphere as in their private life, as well as the trend of the prevailing normative in the neighbouring countries, advocate for a regulation of voluntary interruption of pregnancy headed by clarity where both the women's autonomy and the effective protection of prenatal life as a legal good are suitably guaranteed. For its part, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in its resolution 1607/2008 of 16 April, reaffirmed the right of every human being, and in particular of women, to their physical integrity and to the free disposition of their body and in that context, to the fact that the final decision to appeal or not to abortion corresponds to the concerned woman and, therefore, it has encouraged the Member States to decriminalise abortion within a reasonable period of gestation.

For its part, in relation to the current or prevailing situation of the regulation of abortion, the issue of consent of minors has been modified recently. Thus, on September 22, the Organic Law 11/2015, of 21 September has been published to strengthen the protection of minors and women with judicially modified capacity in the voluntary interruption of pregnancy.

Given the complexity of the figure that we are dealing with and the amount of data that can build an accurate outline of the same, this work is enhanced with the inclusion of statistics that offer a much more realistic view of abortion in each historical moment. One of the reasons that more often the defenders of abortion regulation postulate, are the health consequences of illegal and unsafe, clandestine abortion, which is what leads, according to them, to the prohibition of legal abortion. In that regard, statistics are included and the data provided, for example, in various reports on the issue by WHO, UNICEF or the United Nations, and by the Ministry of Health in terms of the number of abortions performed in our country over the years and from 1985. Actual numbers of abortion in the world are impossible to reliably confirm. It is known that international organizations estimate that every year 50 million children fail to see the light because of abortion; half of them perish under the protection of abortion laws. Nowadays, abortion causes in a year all over the world, almost as many victims as the World War II. The data also indicate that some twenty thousand women may die worldwide by the negative consequences derived from abortion for the health of the mother. In Europe 13

million abortions occur annually. In Spain, some seventy thousand ones do. In Spain and in Europe abortion has become the leading cause of death.

In our country, from the partial decriminalization of abortion in 1985, there has been a logical and consistent increase in the number of abortions. In the last decade, it has passed from the some more than forty thousand in early 1990s to the seventy thousand at present, and this, despite the reduction of birth rate, the generalization first of the contraceptive means and later the expansion of contraceptives, despite the many and superbly financed campaigns of sexual information and family planning, etc. that have turned Spain into one of the countries that have the dubious pride of having one of the lowest birth rates in the globe and with a very high percentage of the population over sixty years. Bearing in mind that the official statistics just show the number of the voluntary interruptions of pregnancy (VIP) transmitted by the public or private centres where they are performed, we find a number that could exceed one million unborn, who have not been born in Spain since 1985 according to the application of the law.

Spanish public opinion, either due to the more or less concealed pro-abortion propaganda, either due to the slow disappearance of the objective morality, or due to the expansion of materialism and hedonism as the basis for the new philosophy and social morality, or due to whichever reasons, has changed in recent decades. Although we do not have specific analysis, if we track the CIS surveys, we find significant changes: from the total and majority opposition that existed before the legalization, we have gone to a constant growth of relativism against abortion by the majority of the population. Today 34% of the population declares to be tolerant to abortion and 42% not much tolerant, which means that, even being in general morally against, they would admit it depending on the cases. Those who manifest themselves strongly against are minority, 10% or less are those who do it categorically in favour, 6%. It is clear that Spanish population shows a high degree of lack of definition and that, in this as in so many other issues, they get carried away by the prevailing winds of the moment. However, the positive data is that in that same majority stay still the remains of the education received, which is really the one that has hindered the absolute legal decriminalization, even though, in practice, it is almost a reality. Bearing in mind these data, it is easy to deduce that the fight against abortion goes through a re-education, an awareness-raising of Spaniards in this area if we do not want that little by little, as pointed out earlier, abortion to be just cold statistics.

The reality is that I think that there is not a precise control over all these data, for very different and difficult to explain reasons, fact for which I thought I should include in the thesis a paragraph concerning the conscientious objection to abortion. Conscientious objection expressly contained in the Constitution only in relation to military service, but that the Constitutional Court has extended to the figure of abortion. I do a separate explanation of it in different sectors, starting by health workers. Thus, concerning abortion, doctors can refuse to practise it under the clause of conscientious objection in the face of it. A very important part of the medical class refuses to practice them, which is another very important front against abortion. In fact, the number of abortions that are practiced in public health centres is very small and most of them are performed in extreme situations for the health of the mother. To facilitate the practice of abortion, the public authorities, facing the medical negative, have led to the development of private centres. The statistical series shows that 97% of abortions that occur in Spain are performed in that network of private centres, hospital ones or not, a figure that remains unchanged since the beginning of the 1990s. Out of them, 90% are performed in clinics or specialized centres. In these points, it seems easy to obtain the corresponding certification in risk management and the lengthening of deadlines thanks to a loose interpretation of the law.

For a complete vision of evolution and abortion regulation, it is essential to carry out a complete reference to International Law, and the way international human rights mechanisms have declared themselves in favour of releasing the abortion laws, and they have included Spain in its recommendations.

In addition, the subject that I deal with connects with many other problematic issues that cannot be ignored when the time comes to reach a comprehensive view of abortion. Hence it is included a large section in which the subject of non-consensual assisted reproduction and abortion. In the thesis, the different existing techniques of assisted reproduction are mentioned, as for example, the most usual one, artificial insemination, which is, in principle, a legal method that applies in cases of infertility considered as a disease. Its foundation would be found in the constitutional right to health, article 43 of Spanish Constitution. The criminal intervention would be materialized in the case that assisted reproduction is not consensual and, in particular, such conduct is described as typical in the mentioned article 161, first paragraph of Penal Code.

Therefore, and to conclude, the issue of abortion is a multifaceted issue. Thus, there is the medical or clinical aspect, the psychological, the sociological, the economic, ethical-philosophical ones, and also of course, the legal aspect. Abortion is probably one of the most suitable issues to be treated at all levels of reality and, at the same time, it is an issue generally based with more weight on previous points of view or personal experiences than on the reflection about it.

Abortion is presented as a theme of convictions and personal assumptions intermingled with social, legal and medical aspects, also including some contributions to bioethics. Since decades ago, it continues to generate problems that cause proposals of changes by part of any of the related disciplines, which cause controversy with one or more of the others. Therefore, currently the attempts to reach solutions on a global or transactional scale, should be considered not practical or premature. Both in the United States of America and in Europe legislation, treaties and constitutional courts jointly built a base so that the unborn is deemed a person, that is to say, a base with which to give the foetus or even the embryo access to human rights. At the same time they made and are making exceptions to the «person status" of the foetus and to its implicit rights regarding abortion. For its part, it is accepted the freedom of decision of women, but limited in time or by medical evaluations. In both legal constructions, it is often left open the possibility of an abortion in case of rape or serious risks to the health of the mother.

Judicial decisions in this respect differ from country to country, but through the interpretations of international conventions on abortion and related topics, it seems that it is coming if not to consensus, at least to a precision of what are the undeniable scientific data which underlie.

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS FILOSÓFICOS DEL ABORTO

1. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE MIGUEL REALE

"Una norma jurídica es la integración de algún elemento de la realidad social en una estructura reguladora obligatoria" MIGUEL REALE⁸

Esta frase podría resumir toda la perspectiva sobre la que va a ser abordada la elaboración del presente trabajo. Soy consciente de la escasa novedad que parece aportar un estudio de la evolución legislativa del aborto planteada desde una visión puramente dogmática. En este sentido, son innumerables los estudios que desde este enfoque se han acercado al estudio del aborto⁹. Tampoco, y aunque la tesis se defiende en la disciplina de Filosofía del Derecho, voy a realizar un análisis típicamente filosófico basado en la bioética ni en la adecuación o no del aborto al derecho natural.¹⁰

⁸ Vid. REALE, M., *"Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho"*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 125.

⁹ Vid. HERNANDEZ RODRIGUEZ, G., *"El aborto en España: análisis de un proceso socio-político"*, UPCO, 1992. Serie Estudios (Universidad Pontificia Comillas); BLANCO RODRIGUEZ, B., *"La ley del aborto: significado y control de su aplicación"*, Grupos de Estudios de Actualidad, Valencia, 1988; -*"El aborto ante la conciencia y la ley"*. Javier Gafo (1936-2001). Publicación: Madrid : PPC, D.L. 1983; LAURENZO COPELLO, P., *"Dogmática y política criminal del aborto"*, Tirant Lo Blanch, 2012; VIVES ANTÓN, T.S., *"El debate acerca de la legalización del aborto"*, Tirant Lo Blanch, 2012; MOLINA BLÁZQUEZ, C., *"El delito del aborto, concepción constitucional y penal"*, Barcelona: Bosch, 2000; CALVOZ-ALVÁREZ, J., *"Aborto y derecho: consideraciones críticas en torno a la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el aborto"*, Pamplona : Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1996 [i.e. 1997]

¹⁰ Vid. ERAZO BUSTAMANTE, S.E., *"El aborto como negación del derecho a la vida"*, Madrid: Universitas, 2013; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, C. *"No al aborto, sí a la vida"*, Tuy: Juventud unida en marcha, 1984; BARREIRO, B., *"Democracia y conflicto moral: la política del aborto en Italia y España"*, Madrid: Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales; RECUERO ASTRAY, JR., *"En defensa de la vida humana"*, Biblioteca Nueva, D.L. 2011; AMO, M., *"Déjame nacer"*, La Regla de Oro, 2009; GÁLVEZ TORO, A., *"Morir al nacer"*, Granada: Fundación Index, 2008; MONTERO, J., *"El derecho a las mujeres a decidir"*, Madrid: Coordinadora Estatal de Organizaciones Feministas del Estado Español, 2007.

El presente trabajo aporta el original enfoque que implica analizar el devenir legislativo del aborto desde la perspectiva dinámica e integral consolidada en la Teoría Tridimensional del Derecho de Miguel Reale. Para ello, abordaremos la evolución de la legislación en paralelo a la evolución de la realidad social y de los valores preponderantes en cada momento histórico. Como hemos mencionado en la cita introductoria, una norma jurídica, en este caso la normativa reguladora del aborto, es la integración de algún elemento de la realidad social en una estructura reguladora obligatoria; a lo que deberemos añadir, amparado en los valores éticos preponderantes.

Aunque el análisis de cualquier cuestión jurídica exige necesariamente una visión dogmática, sería interesante, sin embargo, hacer un inciso y considerar de importancia decisiva el hecho de que los juristas se interesasen también por los aspectos filosóficos de los problemas que se les presenten en el campo del Derecho positivo, teniendo en cuenta que la perspectiva del filósofo no es la del jurista, pero ambas se exigen y complementan. Así, se ha discutido mucho sobre qué temas corresponden a la filosofía del derecho desde el punto de vista de los juristas y cuáles le son ajenos.

Norberto Bobbio distinguió entre “filosofía del derecho de los filósofos”, y “filosofía del derecho de los juristas”¹¹. La primera opción es un reduccionismo de lo jurídico. Responde a opciones filosóficas generales que se aplican meramente al derecho, sin necesitarse siquiera para ello conocerlo. Y de hecho, la filosofía del derecho como mera “filosofía aplicada” de una filosofía general nos la encontramos a menudo elaborada “por filósofos que no conocen en absoluto el derecho, o tienen un conocimiento del mismo muy vago y superficial”¹². Por el contrario, la segunda opción implicaría ver el tema desde la “experiencia jurídica” misma. Se trata de plantear filosóficamente el problema del derecho cuando se advierte la insuficiencia de los criterios técnico-jurídicos para desentrañar el sentido de sus conceptos fundamentales.

En este contexto, en base a las nociones básicas de la Teoría Tridimensional del Derecho y considerando el derecho como una realidad compleja compuesta por múltiples facetas, resulta claro que éste debe ser estudiado desde diferentes disciplinas. Como más adelante se explicará,

¹¹ Vid. BOBBIO, N., “*Teoría General del Derecho*”, Debate, Madrid, 1991, pág. 63.

¹² Vid. PERÉZ LUÑO, A. E., “*El concepto de filosofía del derecho*”, Mergablum. Edición y comunicación, 2006, pág. 74.

estas disciplinas han surgido en momentos históricos específicos, aunque en la actualidad todas suelen ser utilizadas según sean los intereses y los fines que persigan el investigador o el operador jurídico.

Así las cosas, nos parece claro que la visión del derecho como un fenómeno meramente normativo, ya no es sostenible, si es que algún día, y según se irá viendo en el desarrollo de esta tesis, lo fue. Lo cierto es que con la consolidación de las ciencias sociales y el resurgimiento de la filosofía, el estudio formalista del derecho parece quedar francamente anquilosado.

Aunque este hecho es ampliamente reconocido por diferentes especialistas, la mayoría de los juristas se mantienen fieles al espíritu de la pasada centuria, pues, en general, el derecho es para ellos norma y nada más que norma, en una actitud claramente contrapuesta a la de ciertos sociólogos del derecho que únicamente ven el *ius* en términos de eficacia o de efectividad. Ahora bien, quien asume una posición tridimensionalista, se puede decir que ya ha recorrido la mitad del camino en la comprensión del derecho en términos de «experiencia concreta». Ya que, incluso cuando el estudioso se contente con la articulación final de los puntos de vista del filósofo, del sociólogo y del jurista, ya está revelando un saludable repudio a cualquier imagen parcial o sectorial, con el reconocimiento de la insuficiencia de las perspectivas resultantes de la consideración aislada de lo que hay de *fáctico*, de *axiológico* o *ideal*, o de *normativo* en la vida del derecho.¹³

Si, como advierte RECASENS SICHES el derecho *es esencialmente* tridimensional ,cuyas tres dimensiones “no se dan como tres objetos yuxtapuestos, sino que son al contrario , tres aspectos esencialmente entrelazados, de forma indisoluble y recíproca”¹⁴, dicha cualidad no puede existir únicamente para el jurista, en el plano de su actividad científico-positiva, sino que debe constituir más bien un presupuesto de validez trascendental, condicionando, por consiguiente, todas las estructuras y modelos que componen la experiencia jurídica. Si no fuese así se rememoraría, en los dominios de la Filosofía del Derecho, un pernicioso divorcio entre filósofos y juristas, al ver que nada objetivamente estructural hay entre ellos capaz de

¹³ Vid. CAIANI, L., “*La Filosofia dei Giuristi Italiani*”, Padua, 1955. Sobre el problema de la experiencia jurídica como estructura tridimensional. vid. Miguel REALE, *O Direito como Experiencia*, cit. y *Filosofia do Direito*, 15.a ed., Sao Paulo, 1993.

¹⁴ Vid. RECASENS SICHES, L., “*Tratado General de Filosofía del Derecho*”, México, 1959, pág. 159; “*Panorama del pensamiento Jurídico en el siglo XX*”, México, 1983.

correlacionar sus respectivas tareas. Por el contrario, es la estructura axiológico-normativa de la realidad jurídica la que hace de ésta un objeto de la filosofía y de la ciencia: de la primera, porque estudia los valores como condición transcendental de la experiencia jurídica; y de la segunda, porque investiga sobre las valoraciones que se concretizaron históricamente en modelos jurídicos.

En este contexto de ideas descrito, se **constata que la Filosofía del Derecho no puede alejarse de los problemas de la Ciencia del Derecho, sino que, por el contrario, debe acercarse a ellos, convirtiéndolos en sus problemas**. Eso sí, bajo un prisma distinto al de la ciencia, empleando la palabra «problema» en su sentido original: algo puesto como objeto de análisis, implicando la posibilidad de diferentes alternativas.¹⁵

Si la primera alternativa intenta comprender la realidad jurídica en su integral concreción (lo que implica remontarse hasta los presupuestos esenciales del derecho), la segunda se propone tomar en cuenta la experiencia jurídica tal como se concretiza en los modelos jurídicos o dogmáticos que actualizan los valores transcendentales de la justicia, teniendo en cuenta el plano de la condicionalidad histórica. Con esta ampliación de perspectivas, las posibilidades de comprensión del jurista ante los hechos sociales se ven ensanchadas, no sólo por la consiguiente depuración de su sensibilidad, sino también por ofrecerle un enfoque axiológico indispensable para la captación de las conexiones objetivas de sentido, que es lo que, en último término, interesa al jurista cuando estudia los hechos sociales. Se hace preciso ya deshacer el equívoco de cuantos atribuyen carácter filosófico a cualquier elucubración que implique la problemática del valor, sin hacer referencia a la distinción de los dos planos diferentes en que el filósofo y el científico sitúan los problemas de validez y valoración.

Pero, aunque haya correlación entre la Filosofía y la Ciencia del Derecho, no por ello ha de decirse que el filósofo pueda y deba pensar como jurista y viceversa, pues cada uno tiene su propio papel que representar, correspondiendo al jurista interpretar y aplicar con rigor técnico los modelos jurídicos puestos por el legislador, por las costumbres o por la jurisprudencia, así como concebir y sistematizar los modelos teóricos o dogmáticos que dichos modelos normativos implican en el proceso de su vigencia y de su eficacia. Al filósofo del derecho, por el contrario, le compete en concreto indagar las razones universales fundantes de todos los

¹⁵ REALE, M., *"Teoría Tridimensional del Derecho"*, op. cit., pág. 35.

modelos actuales y posibles, así como sobre el significado de la acción del jurista en el acto de interpretar y de dar efectiva aplicación a las estructuras normativas que brotan de la experiencia.

Así, como conclusión, y dejando la esta consideración previa de la relación o influencia de la Filosofía del Derecho en la actividad jurídica, podemos ver cómo todo esto sirve para demostrar que la investigación filosófica, penetrando en el corazón de la validez formal, la anima y fecunda, dando un nuevo sentido de plenitud y concreción a la Ciencia Dogmática del Derecho, colaborando con los juristas en su difícil y ardua tarea de determinar y sintetizar las categorías jurídicas reclamadas por un mundo en cambio.

De todo lo expuesto se deduce que el análisis del derecho y el intento de llegar a una concepción clara de su concepto y naturaleza nos conduce irremediabilmente a una perspectiva tridimensional. Desde que esta perspectiva consiguió su consolidación y consagración en la obra de MIGUEL REALE resulta prácticamente por unanimidad aceptado por la doctrina. De todos modos, es necesario aclarar que no vamos a analizar el tridimensionalismo desde una perspectiva histórica, sino desde su aspecto sustantivo, esto es, aplicando sus principios como molde al campo jurídico, para obtener un resultado completo y concreto. En concreto, aplicaremos el tridimensionalismo al estudio de la evolución legislativa del aborto, veremos cómo su devenir histórico guarda una estrecha relación con los cambios en la realidad social y en la ética reinante, y cómo cada uno de estos elementos a su vez van a potenciar cambios recíprocos.

A grandes rasgos podemos afirmar que la Teoría Tridimensional refiere tres aspectos (axiológico, normativo y fáctico) que forman parte de una misma concepción del Derecho. El aspecto axiológico, el derecho como valor; el normativo, el derecho como norma; y, el fáctico, el derecho como realidad. Así, la concepción del derecho conserva las tres dimensiones: valor, norma y hecho, pero estrechamente unidas entre sí en relaciones de esencial implicación. El derecho no es ni un valor puro, ni una mera norma con ciertas características especiales, ni es un simple hecho. De hecho, la teoría tridimensional postula que donde exista un fenómeno jurídico, hay irremediabilmente un *hecho* subyacente -hecho económico, político, o social-, un *valor* que confiere determinada significación a ese hecho, que inclinan o determinan la acción de los hombres para alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y finalmente, una *norma*

que representa la relación o medida que integra a uno de aquellos elementos con el otro: al hecho y al valor. Además, se afirma que tales elementos -hecho, valor y norma- no existen separados unos de otros, sino que coexisten perfectamente, pues no se excluyen, ni se implican. Es decir, son absolutamente inseparables, y por tanto, no hay ninguno que sea más importante que los otros. Ahora bien, esos factores no sólo se exigen recíprocamente, sino que actúan como uno solo. De tal modo, la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran.

Asimismo, en orden al desarrollo de la presente tesis, es de vital importancia resaltar el papel decisivo que, para Reale, tiene el hombre en la constitución del Derecho. Esta visión del mismo que vamos a exponer constituye igualmente una razón de peso en la cuestión de porqué su estudio en la presente tesis sobre el aborto. Dice que el hombre es, fundamentalmente, un ser cultural; es decir, axiológico, inventor, creador..., siendo el derecho, y por supuesto «los derechos», una de sus grandes invenciones¹⁶. El hombre se convertirá, por lo tanto, en fuente y motor de todos los valores, pues de él emanan, de su necesidad de otorgar valor a aquello que le rodea, siendo la misión del derecho preservar el valor del bien, entendido como justicia.

Así, el problema del valor constituyó el centro neurálgico de sus investigaciones, entendido, tanto como característica esencial del hombre (su naturaleza onto-axiológica), como del mundo cultural por él objetivado, construido siempre bajo el prisma de algún valor (el valor de la verdad, de la belleza, del bien, de la justicia. ..). Por esta razón, tanto su explicación del derecho como de la realidad misma, no podrán entenderse sin tener en cuenta otros dos elementos esenciales a su doctrina: el *personalismo* y el *historicismo axiológico*, auténticos pilares de su teoría filosófico-jurídica. *Personalismo axiológico* porque el origen del derecho se encuentra en la persona y en el valor a ella adscrito, que en su actividad axiológico-creativa, inventa el derecho para preservar los valores ideados por el hombre y garantizar una convivencia pacífica. *Historicismo axiológico*, porque los valores que rigen la vida humana no son algo abstracto e independiente del hombre, situados en un mundo ideal que lo trasciende (ontologismo e idealismo axiológico), sino que son fruto de su historia y de las sucesivas transformaciones socioculturales.

¹⁶ REALE, M., "Teoría Tridimensional del Derecho", op. cit., pág. 15.

Miguel Reale se apoya, para sus reflexiones sobre la ética, en la conducta humana, a través de la cual llega a su concepción jurídica, ya que el Derecho es una de las modalidades de la conducta ética. En efecto, como para él el valor de la acción es capítulo de la Ética y la Ética es una de las formas de la experiencia de Valores y, como a su vez la ética es uno de los aspectos de la Axiología o teoría de los Valores y el valor fuente de todos los valores es el hombre, entonces, no puede haber filosofía que no se refiera al ser humano, en su totalidad como persona. Como la experiencia de valores concierne a la conducta ética y ésta es tridimensional, entonces la Ética en general, y el Derecho, en particular, también tienen una estructura tridimensional¹⁷.

Miguel Reale concreta sus tesis gnoseontológica, política y ética en su concepción del Derecho diciendo que desde los puntos de vista de la parte objetiva y de la estimativa de la experiencia jurídica, “el derecho se determina como la realidad histórico-cultural tridimensional de naturaleza bilateral atributiva, o, si quisiéramos discriminar en el concepto la naturaleza de los tres elementos o factores examinados, se definiría el derecho como la realidad histórico-cultural ordenada de forma bilateral atributiva según valores de convivencia, lo que significa que la Jurisprudencia tiene por objeto hechos ordenados valorativamente en un proceso normativo de atributividad”. Ya desde aquí podemos darnos cuenta que el Culturalismo trasciende la concepción formalista de la Ciencia Jurídica, pues, considera que el objeto de ésta no se reduce a normas, puesto que consiste en hechos ordenados valorativamente en un proceso normativo de atributividad. Es decir, el objeto de la ciencia está constituido por la norma, el hecho y el valor.¹⁸

Volviendo a la presentación general del actual trabajo de investigación, si aplicamos todas estas cuestiones (especialmente estas últimas reflexiones sobre el valor ético) al tema que nos ocupa, el aborto, se deduce claramente que la regulación del mismo también deriva de esta concepción tripartita del Derecho. Por ello, el estudio de Reale en la presente tesis se hace imprescindible. De este modo, tendríamos como hecho subyacente la interrupción voluntaria del embarazo; un valor que confiere significado a ese hecho (ética predominante en la sociedad al respecto) y finalmente la norma (la regulación del aborto en este caso), que relaciona a los otros dos elementos. Así, el derecho en general, y la regulación jurídica del

¹⁷ REALE, M., “*Teoría Tridimensional del Derecho*”, op. cit., págs. 90 y ss.

¹⁸ REALE, M., “*Teoría Tridimensional del Derecho*”, op. cit., págs. 90 y ss.

aborto en particular, se encuentran en un continuo proceso de cambio que nos permite afirmar que el derecho es progreso, porque su contenido, sus proposiciones y sus manifestaciones varían en el tiempo y el espacio. De aquí que, como se desarrollará en posteriores puntos de esta tesis, la legislación con respecto al aborto haya ido variando a lo largo del tiempo adaptándose a la sociedad. El derecho está en constante y permanente evolución, su carácter prospectivo trata de igualar la veloz inercia de los cambios sociales.

Una vez sentadas las bases filosófico-jurídicas desde las que voy a abordar el estudio del aborto se quiere dejar claro que éste se centrará en el estudio de la evolución de su legislación en nuestra sociedad, demostrando cómo a partir de la evolución de los valores y de principios, el legislador ha tenido que irse adaptando, regulando y legislando el tema del aborto acondicionándose a la mencionada evolución de la sociedad.

Se hará un recorrido por los aspectos esenciales de la mencionada Teoría Tridimensional de Miguel Reale ya que ha sido el autor que mayor aportación ha hecho al tridimensionalismo, no sin antes hacer un repaso de la evolución de esta teoría desde una primera visión más genérica hasta llegar al tridimensionalismo específico y concreto. En el desarrollo de la vida y obra de Reale, voy incluyendo también los aspectos más importantes de su teoría, junto a los problemas que se le van presentando en cada una de sus principales obras.

2. TRIDIMENSIONALISMO, MIGUEL REALE Y SU DIALÉCTICA EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

2.1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS Y GENERALES DE LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL

Las corrientes de mayor repercusión en el ámbito continental, atendiendo a razones metodológicas pueden dividirse en dos: las que enfocan el fenómeno jurídico desde perspectivas reduccionistas; y las que lo enfocan desde perspectivas integracionistas o tridimensionales. Dentro de esta última introduciremos la figura de Miguel Reale como máximo exponente de la Teoría Tridimensionalista.

Aceptada hoy por la mayoría de los tratadistas actuales, la expresión tridimensionalidad del derecho fue acuñada por primera vez por MIGUEL REALE, aunque antes de él había habido anticipos de esta visión tridimensional del derecho que sería interesante llegados a este punto, resumir brevemente:

Los primeros antecedentes de esta teoría se remontarían a la partición del Derecho como división pedagógica y metodológica del Derecho. Los grandes filósofos del derecho italiano coincidieron en dividir la filosofía del derecho, para fines pedagógicos en tres grandes partes, una destinada a la teoría de los fenómenos jurídicos, otra a la de los valores y, finalmente, una tercera de la norma jurídica. El primero que nos ofrece esta división tripartida fue el positivista - crítico ILICIO VANNI dividiendo la filosofía del derecho en fenomenología jurídica (derecho como hecho social/ el más importante para este autor) en Gnoseología jurídica (derecho como norma) y en Deontología jurídica (derecho como medio para realizar valores éticos) El neokantiano GIORGIO DEL VECCHIO mantuvo la tripartición, pero dando mayor importancia a la deontología y a la gnoseología dejando pocas páginas para la fenomenología.

Estas triparticiones tenían un valor abstracto y embrionario, sin que se les encomendara tarea efectiva en el momento concreto de la interpretación y aplicación del derecho. Por ello la división aceptada solo con fines didácticos ocultaba un problema de fondo que exigía ir más allá de una mera discriminación metodológica para poder hallar la realidad en sí.

Posteriormente, nos encontramos con autores que realizan una división tridimensional abstracta y genérica. La Escuela de Baden (neokantianos) dio un paso más allá y logró superar el estado embrionario de la tripartición. Dos de sus miembros fueron esenciales para el desarrollo de la teoría de la tridimensional tal como hoy la conocemos: EMIL LASK y GUSTAV RADBRUCH.

Por su parte en el ámbito de la CommonLaw, el área anglosajona, se puede apreciar la diferenciación entre una *EthicalJurisprudence* , centrada en la teoría de la justicia y de los valores; una *Analithycaljurisprudence*, que tiene su máximo exponente en el pensamiento de JHON AUSTIN. Por lo que respecta al plano social en él se situarían las calificadas como Historical o SociologicalJurisprudence en la línea de MAINE y MAITLAND. No obstante, el mayor exponente anglosajón desarrollador de esta teoría fue ROSCOE POUND que estudia la *lawbynature*, la *lawbyenactment* y la *lawbyconventio*.

La tridimensionalidad defendida por estos autores era cultural, relativista, inicial y genérica. El tridimensionalismo en estado inicial permaneció en estado latente, siendo considerado cada uno de sus factores de forma abstracta y estática. Este tridimensionalismo genérico y abstracto presenta las características determinadas.

Primero, a cada sector de conocimiento le corresponde una esfera del derecho, pero nunca entraría a conocer de las demás (al sociólogo hechos, al jurista normas y al filósofo valores). Segundo, una Yuxtaposición extrínseca de las tres perspectivas. Los tres ámbitos estudiados nunca llegan a formar un verdadero sistema. Los diversos sectores permanecen separados como compartimentos estancos.

Del carácter genérico y abstracto se da un nuevo paso hacia la tridimensionalidad específica y concreta. Al contrario que la anterior teoría se caracteriza por, primero, reconocer e exclusivamente juricidad a la unión de los tres elementos, segundo, a cada dimensión de conocimiento le corresponde el análisis de los tres elementos del derecho, poniendo naturalmente más énfasis en uno de ellos. Y tercero, cada uno de los factores son inalienables del derecho se trata de elementos intrínsecos que configuran el derecho. Se propugna una integración orgánica de los tres ámbitos, como si se tratase de tres perspectivas, factores, o, incluso momentos de un fenómeno unitario. Integración-Yuxtaposición.

Seguidores de esta teoría son J. HALL, W. SAUER, RECASÉNS SICHES. Todos ellos, a pesar de sus diferenciados matices y planteamientos, comparten el haber contribuido a crear un nuevo paradigma en la comprensión e interpretación del derecho, integrando en una unidad orgánica contenidos y elementos que antes se encontraban dispersos.

En general los tridimensionalistas coinciden en el reconocimiento de la estructura triple del derecho, pero, a partir de ahí, cada autor la concibe de manera diferente, encuadrándola en una visión propia, dependiendo de sus concepciones filosóficas de carácter general o del modo en que se conceptualizan los tiempos hecho, valor, norma.

Aunque ya he mencionado algunos, destacar como precursores de la concepción Tridimensional del Derecho del profesor Reale, Lask y Radbruch, seguidos por Wilhelm Sauer en

Alemania. Hay exponentes del Tridimensionalismo en América y Europa: Jerome Hall, en Estados Unidos, Norberto Bobbio en Italia, Luis Recasens Siches y García Maynez en México, Luis Legaz y Lacambra en España, Cabral de Moncada en Portugal, Roubier, Villary y Lamand en Francia, etc.

El propio Reale afirma que su teoría se sitúa al lado de otras concepciones también tridimensionalistas, como “La Trilateralidad estática” de W. Sauer, el “Tridimensionalismo integrativista” de J. Hall o el “Tridimensionalismo perspectístico” de Recasens Siches, entre otras.

Todas estas corrientes, tal como explica REALE en su obra “Teoría Tridimensional del Derecho”, a pesar de sus diferentes matices y planteamientos, comparten, sin embargo, el haber contribuido a crear un nuevo paradigma en la comprensión e interpretación del derecho, persiguiendo una idea global y congruente de la experiencia jurídica, integrando en unidad orgánica contenidos y elementos que antes estaban dispersos.¹⁹

2.2. TEORÍA REALIANA. VIDA Y OBRA DE MIGUEL REALE

El tratar de ofrecer una visión integral de la dinámica del derecho, en concreto del aborto, nos lleva a profundizar en la figura y obra del autor que de manera más clara y concisa ha sentado las bases para ello, MIGUEL REALE.

El polifacético Reale unificó en su persona la cualidad jurista, académico, filósofo e incluso político. Nace en Brasil en 1910, estudia en el Instituto Medio Dante Alighieri de influencia italiana, de donde arranca, según él mismo nos cuenta, su interés por las letras, el arte y las humanidades. Posteriormente, estudia Derecho en la Universidad de Sao Paulo, empezando a publicar, aún como estudiante, sus primeros artículos.

En el año 1940 obtiene la Cátedra de Derecho en esa misma Universidad, y en la que además de rector dos veces, fue profesor emérito²⁰. Tuvo una gran actividad como docente,

¹⁹ REALE, M., “*Teoría tridimensional del Derecho*”, op. cit., pág. 16.

²⁰ REALE, M., “*Teoría tridimensional del Derecho*”, op. cit., pág. 12.

compatibilizándola con otras muchas actividades. Ocupó además importantes cargos en su vida pública y política.

Su pensamiento constituye un sistema filosófico-jurídico personal que ha ejercido una fuerte influencia en las corrientes iusfilosóficas latinoamericanas y europeas, sobre todo, y, sin lugar a dudas, con toda su aportación con la Teoría Tridimensional del Derecho en torno a la cual irá desarrollándose la evolución de todo su pensamiento y eje central también de este estudio.

Siempre, al hablar de él se ha mantenido un denominador común: su valía intelectual, filosófico-jurídica, polifacética y personal. Porque como dicen los que más le conocen, «Miguel REALE es un hombre de muchas vidas»: filósofo, filósofo del Derecho, erudito, hombre de letras, poeta, político, jurista, educador, y un largo etcétera, que jalonan su dilatada carrera profesional e intelectual. Toda su aportación, pues, no puede cifrarse sólo en sus escritos, sino en la multitud de empresas y proyectos que se han movido en torno suyo.²¹

Con respecto a su obra decir que tiene en su haber más de 60²² y de esta vasta bibliografía de Miguel Reale, que se inicia con una serie de ensayos políticos, donde cabe destacar *Fundamentos del Derecho* (1940)²³ obra que contiene el desarrollo de las ideas que le permitieron llegar a nuestro autor a su *Teoría Tridimensional del Derecho*. En esta obra lleva a cabo un análisis pormenorizado de las teorías iusfilosóficas más relevantes: así, del derecho entendido como pura categoría racional (DEL VECCHIO y STAMMLER), del derecho como hecho histórico o social (escuela histórica, empirismo y sociologismo jurídico), y del derecho entendido como norma (genialmente representado por el normativismo jurídico de Kelsen). En él también hace al final una reflexión crítica de las teorías antes expuestas, así como a apuntar las posibles correlaciones existentes entre los tres elementos en ellas diferenciados (hecho, valor y norma).

²¹ Creador del Instituto Brasileiro de Filosofía y de la revista a él adscrita, fundador de la Sociedad Internacional de Filosofía y doctor *honoris causa* por diversas universidades europeas y latinoamericanas. Miembro de la "Comisión de alto nivel", que revisó la constitución brasileña de 1967, Secretario de Justicia, representante de su país en diferentes encuentros internacionales, etc.

²² Destacamos algunas obras como "*Estado Moderno*" (1933); "*Fundamentos del Derecho*" (1940); "*Teoría del Derecho y del Estado*" (1940); "*Filosofía del Derecho*" (1953); "*El Derecho como experiencia*" (1968); "*Teoría Tridimensional del Derecho*" (1968); "*Estudios de Filosofía y Ciencia del Derecho*" (1978); "*Teoría y Práctica del Derecho*" (1984); "*Introducción a la Filosofía*" (1988); "*Teoría Tridimensional del Derecho*" (nueva edición, 1997); "*Estado de Derecho y Conflicto de Ideologías*" (1998).

²³ 1ª edición de 1940, 2ª edición en Revista Dos Tribunais, 1972 y Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1976 (traducción de Julio A. CHIAPPINI).

A partir de estas reflexiones apuntadas, tuvo, según sus propias palabras, «su primera intuición» sobre lo que después sería mundialmente conocido como «Teoría Tridimensional del Derecho», planteada de momento como interrogante. Esto es: si la mayoría de los sistemas iusfilosóficos estudiados admiten tres tipos de investigación sobre el fenómeno jurídico, ¿no será debido, se pregunta, a que la naturaleza de la realidad jurídica es también tridimensional? Lo que se traduciría, en la imposibilidad de explicar el Derecho desde uno solo de sus elementos. Esta intuición se convierte en real en su segunda gran obra de 1940 *Teoria do Direito e do Estado*, en la que ya construye su famosa frase creadora de la formula realiana: “El Derecho es una integración normativa de hechos según valores”.

Por lo tanto, según esta nueva comprensión del Derecho, todo fenómeno jurídico es *hecho*, pues surge para regular un determinado momento o situación histórico- social, es *valor*, pues se representa un cierto valor de justicia que se quiere preservar, y es *norma*, pues se ofrece una pauta, regla o camino a seguir para garantizar el bien de justicia representado. Cualquier explicación del mismo que se realice hipostasiando uno de sus elementos, u obviando alguno de ellos, constituirá una explicación insuficiente y mutilada --*concepciones unilaterales* según las conclusiones críticas que realiza Miguel REALE en las obras señaladas.²⁴

Pero aunque es cierto que ya en 1940 estaba perfilada su teoría tridimensional del derecho, reflejo de su continua preocupación por el origen y fundamentación del Derecho, también es cierto que aún se trataba, según él mismo confiesa, "de un simple esbozo o intuición, que exigiría una perseverante investigación a lo largo de decenas de años de estudio, hasta su formulación definitiva²⁵.

Pronto empezó a comprender que bajo esta conclusión latía un problema acuciante, ya que no era suficiente con detectar los tres aspectos de todo fenómeno jurídico, sino que debía explicar las relaciones existentes entre estos tres elementos diferenciados en toda manifestación jurídica. Con este perfil de investigación llegamos en 1953 a la publicación de su obra *Filosofia do Direito*. Aquí, de manera sistemática, le da expresión definitiva a su filosofía jurídica. Esta obra contiene un perfil inconfundible de una de las filosofías más expresivas del mundo jurídico actual y de gran influencia, tanto en Europa como en Latinoamérica.

²⁴ REALE, M. “Fundamentos del Derecho” (1940) y “Teoría del Derecho y del Estado” (1940), “Teoría tridimensional del Derecho”, op. cit., pág. 13.

²⁵ REALE, M., “Teoría tridimensional del Derecho”, op. cit., pág. 99.

El mismo Miguel Reale dice que esta obra concreta el fruto de más de diez años de cátedra en la Universidad de Sao Paulo, que reafirma su propósito, como lo había desde joven escrito, de “teorizar la vida y de vivir la teoría en la unidad indisoluble del pensamiento y de la acción”, programa de vida que lo sigue acompañando, y al que obedece cuidando de determinar los fundamentos del Derecho en función de elementos lógicos, axiológicos y fácticos. Expresa que no comprende al Derecho como una abstracción lógica o ética por fuera de la experiencia social, pues es en ésta en la que debe hundir sus raíces para crecer firme y recibir el oxígeno tonificante de los ideales de justicia. Ese sentido concreto del Derecho se torna aun más vigoroso “en contacto con los problemas de gobierno, o en la vivencia apasionante de los embates políticos, cuando son sometidos a una crítica viva los preceptos de la legislación positiva”. Es incuestionable la concurrencia de complejas perspectivas desde las que el profesor Reale enfoca al Derecho y en las que, por consiguiente, se funda su concepción tridimensional. Para Reale, las relaciones existentes entre los tres elementos diferenciados en toda manifestación jurídica, que la solución que da el autor a este problema pasa por la formulación del PRINCIPIO O DIALÉCTICA DE COMPLEMENTARIEDAD, convirtiéndose en lo que REALE denominará «su segunda intuición sobre el tridimensionalismo».²⁶ Lo que significa que los tres elementos señalados no sólo se correlacionan, sino que se *dialectizan*. Es decir, las relaciones entre hecho, valor y norma, son relaciones dialécticas entre términos contrarios, aunque no contradictorios, que aun conservando su identidad e independencia, no pueden entenderse aisladamente en el fenómeno jurídico, pues están siempre sujetos a relaciones recíprocas y complementarias, luego también problemáticas y tensionales. Fruto de estas relaciones dialécticas concretas irá desarrollándose la vida del derecho. Hay una dinamicidad integrante y convergente entre los tres factores y hay que entender hecho, valor y norma no tanto como elementos sino como momentos de un proceso. Por lo tanto hecho, valor y norma, así como las diferentes disciplinas jurídicas especializadas en su estudio (sociología jurídica, filosofía jurídica y dogmática jurídica) no pueden dar cuenta separadamente del fenómeno jurídico, sencillamente porque todos estos elementos están siempre presentes y fruto de las relaciones dialécticas que se establecen entre ellos va desenvolviéndose la vida misma del derecho. Así las cosas, la teoría de la tridimensionalidad de MIGUEL REALE nos otorga una visión integral del derecho.

²⁶ REALE, M., “Teoría tridimensional del Derecho”, op. cit., pág. 14.

Dado el enfoque práctico que voy a adoptar en la relación a la teoría tridimensional, considero necesario en este sitio realizar un inciso para ampliar lo que significa para el autor estas tres dimensiones: La dimensión normativa se refiere al conjunto de normas jurídicas vigentes en un territorio y tiempo determinado; las cuales son producidas y aplicadas por un poder político con suficiente legitimación para asegurar su cumplimiento aun a través de medios coactivos. Este tipo de normas son creadas de manera soberana por cada Estado y así aplicables dentro de sus propios límites territoriales. Eso sí, añadiendo el derecho internacional y regional, los cuales condicionan el contenido y construcción de los sistemas jurídicos nacionales.

Por otra parte, el derecho como **hecho** es ante todo un producto de la sociedad; un conjunto de convenciones que los seres humanos crean y a las que les otorgan obligatoriedad con el principal fin de hacer posible la convivencia entre ellos. Los hechos sociales condicionan el contenido y sentido de las normas jurídicas, pero también éstas, al ser acatadas o no, contribuyen a modificar el ambiente social. Esta dimensión social del derecho se refiere tanto a la conducta de los individuos, como a la propia organización de la sociedad.

Y, finalmente la **dimensión valorativa**; la cual está compuesta por una serie de creencias y convenciones que en un momento histórico determinado los individuos compartimos acerca de lo válido o no válido, lo adecuado o lo inadecuado, lo aceptable o lo inaceptable. Parafraseando a Manuel Atienza, podemos decir que los valores son los predicados con los cuales calificamos a ciertas cosas, conductas o situaciones; así, de una acción decimos que es justa o injusta, parcial o imparcial, legítima o ilegítima.

Reuniendo los tres elementos tenemos la siguiente definición: Derecho es “el hecho u obra humana, que contiene la forma de una normatividad coercitiva, y que intencionalmente pretende la realización o puesta en práctica de las exigencias de unos valores específicos”.

Una vez finalizado el inciso, hemos de volver a los inconvenientes con los que Reale se enfrenta. Otro problema al que aún debía enfrentarse el incipiente tridimensionalismorealeano, consistía en dar cuenta de la implicación existente entre su teoría o explicación con la auténtica naturaleza del derecho, real y concreto, tal como se da en la vida cotidiana. En el fondo se trataba de fundamentar su propia teoría, probando que no era fruto de una mera elucubración lógico-racional (lo que había criticado a otras ilustres explicaciones

iusfilosóficas), sino que surge de un íntimo contacto con la naturaleza misma del derecho. Es decir, que la explicación o teoría es tridimensional, porque en la vida misma del derecho se dan siempre correlacionados dialécticamente los tres elementos apuntados.

Para abordar este problema, ya de alcance filosófico, tuvo que partir del análisis fenomenológico de la experiencia jurídica, es decir, tal y como ésta se desarrollaba en la praxis del vivir cotidiano.

Fundamentales a este respecto resultan sus dos obras de 1968: *O Direito como Experiência* y *Teoría Tridimensional do Direito*, pensadas conjuntamente.²⁷

Ambos trabajos aportarán a la concepción germinal del tridimensionalismo, la fundamentación filosófica que REALE buscaba desde el principio a su explicación del derecho. En ellas entrará en contacto con la Fenomenología, la Filosofía de los Valores, el Existencialismo, el Historicismo, etc. Partiendo de estos primeros datos, inicia REALE su propia concepción, no sólo de la experiencia jurídica, sino de aquellos elementos esencialmente relacionados con ella, como el concepto de persona, de cultura, de bienes culturales, del valor, de la historia, etc. Razón por la que puede decirse que el pensamiento de Miguel REALE no se limita tan sólo al terreno jurídico, sino que, partiendo de éste, amplía sus fronteras hacia la filosofía, ofreciéndonos su propia concepción del mundo y de la vida; es decir, su propia concepción filosófica.

Miguel REALE desemboca en el tridimensionalismo jurídico como nota esencial del fenómeno jurídico. Pues, hecho, valor y norma, así como las diferentes disciplinas jurídicas especializadas en su estudio (Sociología Jurídica, Filosofía Jurídica y Ciencia del Derecho o Jurisprudencia), no pueden dar cuenta separadamente del fenómeno jurídico, sencillamente porque todos estos elementos están siempre presentes y fruto de las relaciones dialécticas que se establecen entre ellos va desenvolviéndose la vida misma del derecho.

Así las cosas, la teoría tridimensional del derecho de Miguel REALE, traduce el deseo de integralidad propio de su pensamiento, razón por la que la subtitula «visión integral del derecho». Lo que se traduce en una visión global del mundo jurídico, teniendo en cuenta todos sus elementos, superando, con ello, las explicaciones unilaterales o sectoriales que

²⁷ REALE, M., “*Teoría tridimensional del Derecho*”, op. cit., pág. 14 y ss.

comprenden el derecho desde uno solo de sus elementos, tal como ocurre con el empirismo, el normativismo o el eticismo jurídico.

En definitiva, y a modo de resumen, la teoría tridimensional de Derecho del profesor Reale constituye un sistema jurídico-filosófico personal. La preocupación fundamental que impulsa dicha teoría es la del origen y fundamentación del Derecho. Según la comprensión tridimensional del Derecho, "todo fenómeno jurídico es *hecho*, pues surge para regular un determinado momento o situación histórico-social, es *valor*, pues se representa cierto valor de justicia que se quiere preservar, y es *norma*, pues ofrece una pauta, regla o camino a seguir para garantizar el bien de justicia representado". Así, desde la posición de Reale, y en términos descritos por Ángeles Mateos en el epílogo de su obra *Teoría Tridimensional del Derecho: cualquier explicación del mismo que se realice hipostasiando uno de sus elementos, u obviando uno de ellos, constituirá una explicación insuficiente y mutilada*²⁸.

2.3 APLICACIONES PRÁCTICAS DE LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO.

Entre los muchos autores que han escrito sobre la Teoría Tridimensional del Derecho merece especial mención, por la similitud de planteamiento que ofrece con la perspectiva práctica de esta tesis, Fernando Falcón y Tella y la aportación al tridimensionalismo que lleva a cabo en su obra "Tridimensionalismo y Derecho" en el que trata el tridimensionalismo aplicado al mundo jurídico. De este modo, el autor enfoca su obra como puesta en práctica del tridimensionalismo sobre muchas esferas del saber, por lo que aunque pueda parecer que el tema no ofrezca originalidad, actualidad o adecuación a la presente tesis, el uso aplicado que voy a dar del tridimensionalismo se ajusta perfectamente a lo establecido en la mencionada obra.

Esta obra comienza afirmando que entre los muchos posibles enfoques de estudio de la realidad jurídica, destaca la perspectiva tridimensional.²⁹ En este análisis tiene también en cuenta la tridimensionalidad tal y como aparece en la obra de W. Sauer, J. Hall y RecasénsSiches, pero el autor busca una comprensión de la teoría tridimensional que recorra el

²⁸ REALE, M., "Teoría tridimensional del Derecho", op. cit., pág. 13.

²⁹ Vid. FALCON Y TELLA, F. "Tridimensionalismo y Derecho", Servicio de publicaciones de Universidad Complutense, Facultad de Derecho. págs. 17 y ss.

contenido temático de la Teoría General del Derecho, más que su análisis histórico, con el propósito de cubrir el vacío existente en el tratamiento de la cuestión.

Dice el autor que es consciente de que el estudio de la cuestión en la doctrina de los diversos países ya ha sido realizado por Reale en su *Teoría Tridimensional del Derecho* y que no es a esa perspectiva histórica y descriptiva a la que se pretende asomar. Lo que busca es configurar una Teoría tridimensional del Derecho de contenidos materiales o, dicho en otras palabras, intentar aplicar el tridimensionalismo como molde o método de estudio de las distintas temáticas de la Filosofía del Derecho, en general, y de la Teoría General del Derecho, en particular. Se trata, pues, de ver lo fructífero que resulta aplicar un enfoque tridimensional en una Teoría del Derecho de contenidos materiales.

En efecto, el tridimensionalismo es uno de los múltiples enfoques o maneras de acercarse al estudio de la realidad, en general, y de la realidad jurídica, en particular. Si se tiene en cuenta la distinción existente entre los conceptos de objeto material y objeto formal o método, el tridimensionalismo jurídico sería el enfoque de lo jurídico, del Derecho, como objeto material de conocimiento, desde el triple plano, perspectiva u objeto formal, de los valores, las normas y los hechos.

El análisis tridimensional del fenómeno jurídico distingue entre: el Derecho como categoría valorativa; el Derecho como norma; y el Derecho como hecho histórico o social. El Derecho se inspira en valores, como la justicia; el Derecho articula pautas de conducta, normas; y el Derecho surge para regular hechos. Afirma que es consciente de que existen otros enfoques y de que es posible hablar de otras dimensiones, por ejemplo, la histórica. No obstante, estas tres parcelas o dimensiones del fenómeno jurídico —los valores, las normas y los hechos— son sectores que se encuentran entre sí en una relación dialéctica de complementariedad. En esto consiste precisamente el tridimensionalismo específico —frente al tridimensionalismo genérico—, en abordar las múltiples interconexiones de las tres perspectivas que, lejos de vivir aisladas, conviven en un juego de múltiples idas y venidas, y constituyen un fenómeno complejo. Por ello, se pretende configurar una Teoría tridimensional del Derecho de contenidos materiales, por campos temáticos. El autor expone las variantes básicas del tridimensionalismo, partiendo de la distinción entre una formulación genérica y otra específica del mismo, la primera aborda las perspectivas del derecho, como norma, como hecho o como valor,

aisladamente, mientras que la segunda afronta las múltiples interconexiones existentes entre ellas. Se ocupa de relacionar el tridimensionalismo con la estructura de lo real en la que se enmarca esta teoría.

El primer tridimensionalismo es el denominado *tridimensionalismo básico o estructural*, puesto que, valga la redundancia, estructura u organiza El universo, la realidad y el mundo que conocemos, en tres campos, parcelas, planos o niveles: el de los valores, el de las normas y el de los hechos. Es la distinción germánica entre el mundo del *Seinsollende*, del *Sollen* y del *Sein*. — el *valor* sería el mundo del espíritu; — el *deber ser* vendría constituido por el mundo de la cultura, como parcela intercalada entre el espíritu y la naturaleza o, si se prefiere, como el proceso de síntesis que el primero va realizando en la segunda; — el *ser* sería el mundo de la naturaleza, que contemplamos todos los días desde las ventanas de nuestros sentidos.

Un segundo *tridimensionalismo* es el *antropológico*, según el cual cabe distinguir en el ser humano esas mismas tres esferas, niveles o planos, correspondientes a la realidad axiológica, la realidad normativa y la realidad fáctica: el hombre como persona, como ciudadano y como simple ser vivo. El marco en que se suele encuadrar la convivencia ha venido constituido por el Estado. Pero el Estado no siempre ha estado ahí y posiblemente tampoco dure indefinidamente. Como el feudalismo, el Estado es un concepto histórico, que sólo se entiende en un determinado contexto espacio-temporal. En este sentido, se lleva a cabo un original enfoque relacionado con la inserción del tridimensionalismo en el ser humano, su dimensión valorativa, su dimensión social o ciudadana, en cuanto miembro del Estado en que vive, con sus diversas configuraciones históricas que son puestas de relieve por el autor al repasar detenidamente las diversas etapas de la formación del Estado y su desenvolvimiento, especialmente en la actualidad, con la tendencia a la globalización, e igualmente analiza la familia desde la perspectiva tridimensional que recorre el libro

Otra modalidad de tridimensionalismo es el llamado *tridimensionalismo epistemológico o cognoscitivo*, que viene a ser el tridimensionalismo aplicado a la teoría del conocimiento. En este punto, hace un repaso a la actual configuración de los modos de saber, lo que analiza buscando la aplicabilidad al derecho del conocimiento filosófico y científico desde diferentes perspectivas, igualmente aborda el enfoque sociológico del derecho. Pasa, a continuación, a realizar un estudio de las diversas teorías de la justicia, de la ciencia jurídica, así como a la

Teoría General del Derecho, donde se expresan las implicaciones del método tridimensional dando lugar a las perspectivas de estudio del derecho, de la norma jurídica, el ordenamiento jurídico y la relación jurídica y también se ve un sentido tridimensional en las fases de la vida del derecho, como formación (fuentes), la interpretación y la aplicación y de tres caracteres el ordenamiento, como son la plenitud, la coherencia y la unidad que son analizados desde la misma perspectiva. Sucesivamente desarrolla la teoría tridimensional en el ámbito de la validez donde distingue una validez en función de la legitimidad, otra en función de la positividad y otra sociológica de eficacia, en la norma jurídica, donde distingue las dimensiones la *ratio*, la consecuencia jurídica y el supuesto de hecho.

Asimismo analiza, desde un enfoque tridimensional, algunos aspectos del derecho como la coactividad, o la relación del mismo con la moral, con el alcance de determinados principios morales o jurídicos. La relación del tridimensionalismo con el lenguaje es tratada igualmente a propósito de la estructura de las normas jurídicas y lo que denomina tipología de los temperamentos morales. Posteriormente desarrolla la teoría estudiada en el ámbito de las fuentes y la interpretación del derecho; para ello repasa especialmente la interpretación teleológica, la literal o gramatical y la sociológica. Capítulo aparte dedica a la argumentación y su relación con la teoría tridimensional; en él inserta el tratamiento de la equidad, la analogía y otros argumentos usuales en el campo del derecho. En el capítulo noveno se ocupa de la teoría de la validez del derecho y su conexión con el tridimensionalismo, partiendo de la distinción entre validez, legitimidad y eficacia del derecho que está en el núcleo de la teoría tridimensional. Pero ulteriormente analizar otras triadas como la de eficacia, efectividad y eficiencia para repasar la respuesta de la teoría estudiadas a los problemas jurídicos derivados de los conflictos normativos, los vacíos normativos y su integración.

Se ocupa igualmente de la obediencia y desobediencia al derecho desde el enfoque de la teoría tridimensional, al respecto aparece recogido el contraste que la misma supone con respecto al derecho natural, los «derechos» (naturales, humanos), los valores, deteniéndose en su justificación y la justicia entendida por su relación con la ley. Finalmente realiza importante consideraciones de filosofía de la historia, también desde la misma perspectiva.

En definitiva el libro hace un recorrido por todo el campo temático de la Filosofía del Derecho desde la perspectiva tridimensional donde pocos aspectos materiales quedan excluidos de su tratamiento metodológico.

El libro constituye una buena aproximación a la teoría tridimensional del derecho y, aun no compartiendo los puntos de vista ni los supuestos del tridimensionalismo al igual que algunos enunciados sobre la Edad Media, pese a ser comúnmente compartidos en la actualidad, estimo que proporciona una idea clara del alcance de la teoría estudiada en el campo jurídico. Alcance que, precisamente trato de poner asimismo en evidencia en la presente tesis, al aplicar la visión dialécticarealiana al análisis de la evolución legislativa de la regulación del aborto.

CAPÍTULO SEGUNDO

ACERCAMIENTO A LA FIGURA DEL ABORTO Y ANÁLISIS DE SUS PRECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS.

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS ACERCA DEL ABORTO.

1.1. CONSIDERACIONES GENERALES FILOSÓFICAS SOBRE MORAL Y DERECHO EN EL ABORTO.

El aborto es, en su esencia, una cuestión moral. Forma parte de un conjunto de asuntos en los que se discute las opciones de vida de los individuos. Por ejemplo, los debates sobre los derechos de los homosexuales (si permitir o no que un homosexual entre en el ejército o que pueda haber matrimonios entre gente del mismo sexo), sobre pornografía o sobre eutanasia tratan de lo que las personas pueden o no hacer. Cuando el estado legisla sobre estas cuestiones opta por autorizar o prohibir lo que pueden hacer los individuos. Por tanto, las políticas sobre asuntos morales son esencialmente regulativas.

La principal diferencia entre las políticas sobre cuestiones de carácter moral y otro tipo de políticas regulativas es que las primeras tratan los derechos, principios o valores básicos de los individuos. De ahí que el desacuerdo en este tipo de asuntos provoque fracturas o divisiones sociales más profundas de las que se producen en otros ámbitos. Dentro de lo que son las cuestiones morales, el aborto, al igual que la eutanasia, tiene un estatus especial. Frente a otros asuntos, como el caso de los homosexuales, en los que la discusión parece reflejar distintas valoraciones sobre opciones de vida (independientemente de que afecten a los derechos y

libertades de los individuos), en éstos el enfrentamiento se debe a distintas valoraciones acerca de la vida en sí misma.

Pese a que la discusión sobre el aborto sea básicamente de carácter moral, su regulación por parte del estado traslada o prolonga el debate hacia otros aspectos muy distintos. Que el aborto sea una operación quirúrgica que alguien tiene que financiar y que sea además un fenómeno bastante extendido, conduce a que el debate no se centre únicamente sobre su autorización o prohibición sino también sobre las condiciones en las que se debe producir.

En definitiva, el aborto se caracteriza por ser un asunto en el que están implicados los principios más básicos de los individuos. El centro de la discusión versa sobre algo tan esencial como es el significado y alcance de la vida humana. Es una cuestión sobre la que hay un desacuerdo profundo, un enfrentamiento difícilmente reconciliable. El aborto, al producir importantes divisiones en torno a principios fundamentales, pone en dificultad al sistema democrático y saca a relucir las tensiones propias de las democracias constitucionales y representativas.³⁰

Así, las consideraciones filosóficas acerca del aborto exigen comenzar exponiendo qué se entiende por embrión, pues de ello dependerá que se acepte o rechaze el aborto. Además primero hay que analizar si el tema es una cuestión moral o jurídica. Pues bien, para ello, tomaré en consideración las aportaciones que al respecto hace FERRAJOLI, planteando el tema desde las dos perspectivas, como cuestión moral, es decir, de filosofía moral, y como cuestión jurídica, o sea, de filosofía del derecho³¹.

Se enfrenta por tanto el problema filosófico-moral de si la tutela del embrión es moralmente obligada, con el problema filosófico-jurídico de si aquella, admitido que lo sea en el plano moral, es también debida y en qué condiciones, forma y medida en el plano jurídico.

Dice el autor que se dan diferentes soluciones, por tanto, con base a la filosofía moral y con base a la filosofía del derecho.

³⁰ BARREÑO PÉREZ-PARDO, B., *“Democracia y conflicto moral: la política del aborto en Italia y España”* (TESIS DOCTORAL, Universidad Autónoma de Madrid. Febrero, 1998).

³¹ Cfr. FERRAJOLI, L., DEBATE *“La cuestión del embrión entre derecho y moral”*. Revista de Facultad de Derecho de México, núm. 245, 2006, págs. 255 y ss.

Entre las posiciones contrapuestas podemos destacar, en primer lugar, la referente a derecho y moral, la posición que toma, por ejemplo, la Iglesia Católica afirmando que toda práctica lesiva para el embrión (incluido el aborto) es inmoral y por lo tanto, debería estar prohibida y penada. En segundo lugar, y como posición contraria sería la que separa las cuestiones morales de las jurídicas. En ella, que un determinado comportamiento pueda calificarse de inmoral, como por ejemplo la destrucción de un embrión, no es por sí sola una razón suficiente para justificar la prohibición jurídica.

Sobre esta tesis de la recíproca autonomía se basan tanto el derecho como la ética moderna.

El derecho no es ni debe ser un instrumento de reforzamiento de la moral. Su fin es más limitado, es asegurar la paz y la convivencia civil, impidiendo o reduciendo los daños que las personas puedan ocasionarse unas a otras. Esto es lo que sugiere, entre otros, HOBBS³². El derecho y el Estado no encarnan valores morales ni tienen el cometido de afirmar, sostener o reforzar la moral o cultura, sino sólo el de tutelar a los ciudadanos, garantizando la igualdad, la seguridad y los mínimos vitales. No debe inmiscuirse en la vida moral de las personas, defendiendo o prohibiendo estilos morales de vida y creencias religiosas.³³

El derecho es el mismo para todos, pero no todos tenemos las mismas creencias morales (estado laico, derecho moderno) por lo que no se puede penar un comportamiento porque la mayoría lo consideren pecado, sino daña a terceros, pues la lesividad es otro factor de esa separación mencionada de derecho y moral. La lesividad justifica lo que es punible. Las conductas que causan daños a terceros son las que se pueden prohibir.

A partir de ahí y abordando la cuestión de la tutela del embrión, nos encontramos con dos problemas. La moral a la hora de manipular el embrión (que no solo sería en el caso del aborto sino también en la fecundación asistida y la clonación, aunque nos referiremos exclusivamente al aborto ya que es el tema que nos ocupa) y el de la justificación moral y política de su prohibición jurídica, cualquiera que sea el juicio moral sobre ellos.

³² Vid. HOBBS, T., "De Cive: Elementos filosóficos sobre el ciudadano". Editorial Alianza Editorial, 2010. págs. 75 y ss.

³³ La tesis ilustrada sostenida por Hobbes, Locke y después por todo el pensamiento laico y liberal, de Bentham y Beccaria a Mili, hasta Bobbio y Hart.

El eje central del problema siempre gira en la cuestión ya planteada inicialmente de si el embrión es persona o no. Todas las posiciones en contra del aborto considerándolo homicidio (como la Iglesia Católica) es porque otorgan al feto la consideración de persona. Sin embargo no puede dejar de observarse que la calidad de “persona” del feto no deja de ser un juicio moral (con opiniones y soluciones en base a éstas diferentes) que no puede ser deducido de un juicio de hecho, y, por lo tanto no puede ser resuelta por el derecho.

Lo único que el derecho puede hacer es, respetando el pluralismo moral y la diversidad de opciones morales, definir los presupuestos en presencia de los cuales la cuestión deja de ser solamente moral.

Muy importante es a tener en cuenta en relación a todo lo expuesto, el papel de la mujer o futura madre. También dos opiniones enfrentadas en esta cuestión. Una es el dejar a consideración de la mujer si el feto que lleva dentro es “persona” o no. Esto significa aceptar la tesis moral de que “persona”, y como tal merecedor de tutela, es el ser nacido o en todo caso destinado por la madre a nacer. Es ella, en base a sus sentimientos, la que decide su calidad de persona. La otra concepción, que puede ser igual de válida (aunque son incompatibles), es la que ve en el embrión una persona independientemente de la voluntad de la madre de traerlo al mundo.

Así, habría que reconocer a ambas posiciones moralmente legítimas. No cabe reconocer una conducta de “inmoral” solo porque no se comparta.

No se puede imponer a todos una determinada moral mediante la punición del aborto como pretenden los partidarios de éste. ¿Por qué estaría justificado, cualesquiera que fuesen nuestras tesis morales sobre la naturaleza del embrión, la intervención del derecho contra sus posibles manipulaciones?

Entrando así en la cuestión jurídica del aborto propiamente entendida e intentando dar respuesta a si la inmoralidad del aborto es un argumento suficiente para justificar, además de la decisión individual de no abortar, la previsión de una sanción penal para quien aborta habría una primera cuestión interesante de responder. Se trataría de saber si la penalización de los abortos considerados inmorales serviría para evitarlos de manera efectiva, o por el contrario

conduciría al aborto legal o clandestino, con las consecuencias graves que puede acarrear ello para la salud y dignidad de las mujeres que se ven obligadas a elegir entre el aborto clandestino o una maternidad no deseada. Es una respuesta a la que no se le puede dar respuesta, pero si se puede decir que si se considerara causa suficiente la inmoralidad del aborto para penarlo conllevaría a la confusión entre derecho y moral y a la utilización del derecho penal como instrumento de declamación de la moral.

FERRAJOLI sobre esta cuestión afirma que la pretensión de penalizar el aborto contrastaría con los fundamentos mismos del derecho penal moderno, que el derecho penal sólo se justifica por su capacidad de prevenir daños a las personas sin ocasionar efectos aún más dañinos de los que sea capaz de impedir.³⁴

Hay más razones que confirman ésto, como por ejemplo, los costes y perjuicios que pueden producir la prohibición del aborto o la maternidad obligada a la mujer, hecho que podría atentar contra la dignidad de la persona.

Toda postura que se dirige en esta dirección en definitiva ven el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad como "derecho de aborto", es decir, como una libertad positiva (o 'libertad para') que consiste, precisamente, en la libertad de abortar, y no como una libertad negativa ('libertad de'), es decir, el derecho de la mujer a no ser obligada a convertirse en madre contra su voluntad. Así considerado, la prohibición penal de abortar no se limitaría a prohibir un hacer, sino que obligaría además a una opción de vida que es la maternidad.

Independientemente de las opiniones personales, si es un hecho que una maternidad no deseada puede cambiar la vida de una persona, puede implicar renunciaciones, la obligación de manutención del hijo independientemente de los medios de los que disponga, entre otras muchas obligaciones. Así ¿penar el aborto podría considerarse penar una opción de vida? ¿Se tienen en cuenta estos aspectos a la hora de discutir el tema?

Es verdad, como expone Margarita BOLADERAS, que en los últimos años se ha introducido la idea de que lo justo está por encima de lo bueno, provocando la reacción de muchos

³⁴ FERRAJOLI, L., DEBATE *"La cuestión del embrión entre derecho y moral"*, op. cit., págs. 255 y ss.

opponentes que consideran que la ética no puede reducirse a la justicia política, que la idea del bien es sustantiva y constituye la base del quehacer ético, y que los seres humanos necesitan ante todo una concepción de la vida buena y un modelo de virtudes.³⁵ Y así desde esa perspectiva algunas acciones pueden ser tenidas por justas en un sentido ético-político, pero no son aceptables desde una concepción del bien y de la virtud, pero ¿es la interrupción del embarazo una de ellas?

Parece que con el empleo de expresiones como interrupción voluntaria del embarazo o de la gestación se ha querido destacar que el sentido primordial es interrumpir el proceso que vive la mujer, así sería ella como gestante la que decidiría.

En definitiva, la mayoría de las discusiones sobre el aborto se caracterizan por la distorsión del lenguaje y la simplificación de las situaciones involucradas en la decisión que hay que adoptar, produciéndose generalmente alto grado de manipulación, de crispación y de falta de uso de razón en la discusión pública de este tema.

A continuación analizaremos lo que dice la doctrina constitucional sobre el *nasciturus*.

Habrá que ver qué concepción filosófica de persona da cada país y qué entienden las leyes de éstos por “personalidad jurídica”.

En España, el artículo 29 del Código Civil dice que: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. Y el artículo 30 establece dichas condiciones cuando dice: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

El Tribunal Constitucional ha despenalizado la interrupción de la gestación en algunos casos, argumentando que el *nasciturus* no tiene los derechos de una persona física.

³⁵ Vid. BOLADERAS, M., “El aborto: ¿es bueno todo lo que es justo?”. Obtenido de “La Justicia entre la moral y el Derechos”, Pedro Luis Blasco (ed.), Trotta, 1ª ed., 2013, pág. 139.

¿En que se fundamenta la protección del concebido?

Hay muchas teorías dirigidas a explicar el sentido de la norma que tiene en cuenta al concebido para los efectos que le sean favorables.³⁶

En el aspecto teórico el problema ha suscitado una gran controversia, en cuanto enlaza con los conceptos de persona, patrimonio y derecho subjetivo, que aquí encuentran una especial aplicación, por lo que es fácil alejarse de la realidad o de los intereses que entran en juego en relación con los concebidos.³⁷

Las principales teorías son las siguientes:

a) La teoría que entiende que el concebido ya es, por sí, persona y, por tanto, los derechos atribuidos a una persona se adquieren desde el momento de la concepción, pero con la particularidad de estar sometido a la condición resolutoria de no nacer con los requisitos legales.

b) La teoría que considera que el concebido, aunque no tiene una personalidad plena, pues ésta viene determinada, según el texto legal, por el nacimiento, ostenta una personalidad especial, que se califica como personalidad anticipada, condicional, futura o provisional.

c) La teoría que explica la posición jurídica del concebido como una ficción jurídica. Se piensa que la herencia o la masa de bienes y derechos destinados a un fin, se convierte, en cuanto tal, en persona física. En el caso del concebido no hay unos derechos sin sujeto, sino que el sujeto son esos mismos bienes que se personifican constituyendo una persona jurídica.

d) La teoría que justifica la posición jurídica del concebido a través de las expectativas, de los derechos sin sujeto o con un sujeto indeterminado.

³⁶ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *"La persona jurídica"*, Civitas, 2a. edición, Madrid, 1984, págs. 117 a 119; Cfr. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *"Experiencia Jurídica y Teoría del Derecho"*, Ariel, 1999, págs. 811 y 812.

³⁷ Vid. CABANILLAS SANCHEZ, A., *"Comentarios al Código Civil y compilaciones forales"*. Tomo I. Volumen 3, pág. 769.

En nuestra doctrina, DE CASTRO³⁸ Y DíEZ-PICAZO³⁹ han criticado estas teorías y llegado a sus propias conclusiones.

No es la concepción, sino el nacimiento, el hecho que en nuestro Derecho positivo determina la personalidad. El concebido no es persona, ni tiene tampoco una personalidad especial o limitada. Además la equiparación entre el concebido y el nacido es sólo parcial (“para los efectos que le sean favorables”), eventual y condicional (siempre que nazca con unos requisitos). Teóricamente, resulta difícil admitir una personalidad o una capacidad que no tienen una persona a quien ser atribuidas cuando se admitiera que por la concepción de un hombre se da un trozo del supuesto de hecho necesario para ser existente, mientras falta aún el otro trozo necesario del supuesto del nacimiento, ello afectará a la persona o la personalidad, pero no al derecho mismo, al que no le falta ningún requisito de existencia ni de eficacia.

La idea, apuntada por DE CASTRO⁴⁰ de que existe una especie de situación de pendencia es el camino más acertado para resolver el problema de la fundamentación de la protección de los intereses del concebido.⁴¹

Así lo que habría sería una situación provisional de indeterminación de la titularidad de unos bienes o derechos, que posteriormente, según cierto hecho condicionante, se atribuiría la titularidad definitivamente. Puede ser titular el concebido si llega a nacer en las condiciones del artículo 30 y pueden serlo también aquellas personas que deben recibir la herencia o los bienes si el concebido no llega a nacer. Habría, por tanto, que tomar medidas para proteger los intereses de unos y otros.

Con respecto a ésto dice ALBALADEJO⁴² que la tesis que confiere eficacia posterior y retroactiva al nacimiento con los requisitos del artículo 30, es preferible a la de dar a la

³⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *“La persona jurídica”*, op. cit., págs. 117 a 119.

³⁹ DÍEZ-PICAZO, L; DE LEÓN, P., *“Experiencia Jurídica y Teoría del Derecho”*, op. cit., págs. 811 y 812.

⁴⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *“La persona jurídica”*, op. cit., págs. 128 y ss.

⁴¹ Entre las posiciones doctrinales en esta sentido, Vid. ALBALADEJO, M: *“Opiniones al Código Civil y Derechos forales”* Editorial de Derecho Reunidas, 1995. págs. 218-219.

⁴² Vid. ALBALADEJO, M., *“Opiniones al Código Civil y Derechos forales”* Editorial de Derecho Reunidas, 1995. pág. 219.

concepción eficaz anterior, pero sometida a eventual resolución. Y de ninguna manera es exacto que choque con la letra de nuestra ley. El artículo 29 dice que “ el concebido *se tiene* por nacido para los efectos que le sean favorables». Pero esto no significa que se le tenga ya (eficacia inmediata) por nacido, pues el artículo 29 continúa diciendo: «*siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*”. O sea, sólo se le tiene por nacido *si* nace y *cuando* nazca con dichas condiciones, aunque se le tiene, *entonces*, por nacido *desde* que fue concebido.

Es decir, dice el autor exactamente que “la capacidad para suceder del nasciturus, se basa en el art. 29, que le tiene por nacido para lo favorable, de modo que si llega a nacer con los requisitos del artículo 30, se le tendrá entonces por nacido desde su concepción”⁴³

Ni la concepción ni el mero aviso de la concepción atribuyen personalidad o capacidad, ni ellas hacen posible la representación del concebido o supuesto concebido.

Al concebido no se le atribuyen derechos patrimoniales ni personales; es el nacimiento el que determina esta atribución, aunque con efectos retroactivos hasta el momento de la concepción. Si hubo aviso o conocimiento de la concepción, el patrimonio (o patrimonios) y derechos que por sucesión puedan corresponder al concebido deberán quedar en situación de pendencia (arts. 965-967 del Código Civil). Afirmaciones que parecen seguras, de la letra de los preceptos, de los antecedentes históricos y del sistema del Código civil.⁴⁴

Comenta Sevilla BUJALANCE, que para conocer el auténtico *status* de la persona en el ámbito jurídico en general, y específicamente en el civil, se hace preciso dejar sentado el significado correcto de una serie de expresiones, si queremos evitar caer en conclusiones erróneas. Igualmente, al hilo de la exposición, se deben ir realizando una importante serie de matizaciones, imprescindibles para la correcta interpretación de la norma.⁴⁵

⁴³ ALBADALEJO, M., “*Opiniones al Código Civil y Derechos forales*”, op. cit., pág. 251.

⁴⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., “*La persona jurídica*”, op. cit., pág. 120.

⁴⁵ SEVILLA BUJALANCE, J.L. “*Persona, personalidad jurídica, nasciturus y derecho civil español*”. <http://www.iustitiae.tomas-moro.org>. Artículos de derecho civil, enero de 2010.

Fundamentalmente hay que tener presente que la que nace cuando se dan las condiciones requeridas en los arts. 29 y 30 del Código es la personalidad jurídico-civil. Pero con ello no se está aludiendo a la personalidad jurídica en su acepción más amplia, ni a la capacidad jurídica, que constituye otra categoría.

Desde el punto de vista jurídico-positivo, la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas celebrada en Nueva York el 20 de Noviembre de 1987, modificó la situación en el Ordenamiento Jurídico español. Así, dicha Convención establece en su art. 7 que el niño *"será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."*

Hay que recordar que los Tratados internacionales y las normas jurídicas en ellos insertas constituyen parte de nuestro derecho, si ella los ratifica, en cuanto hayan sido publicadas en el *B.O.E.*

Además, y la expresión *inmediatamente* del art. 7 de la Convención, en una interpretación correcta no admite dilaciones, y no es lógico entender aquí que se deba considerar la espera de veinticuatro horas como un espacio de tiempo inmediato. No es este, claramente, el espíritu de una norma, que trata de proteger al ser humano desde el principio. Si en dicha Convención no se establecen plazos previos para considerar al niño como nacido, y los plazos legales de las distintas naciones han de acomodarse a las disposiciones de aquella, no deben permitirse que la contravengan estas veinticuatro horas de espera que, evidentemente, no caben en un concepto de inmediatez.

ALBALADEJO, así, afirma, que *"sin la cortapisa de ser necesario el transcurso de veinticuatro horas, el ser humano tiene todos esos derechos (suyos) fundamentales y es inscribible en el Registro, porque serlo es uno de ellos o necesaria repercusión de los mismos."*

También dice que esta circunstancia queda enraizada, no ya sólo en la Convención de Nueva York ratificada por España y anteriormente citada, sino en nuestro mismo Derecho civil histórico. La Legislación registral concordante con la Ley de Matrimonio civil de 1870 aceptaba

la inscripción de los nacidos, aún cuando no vivieran las veinticuatro horas, reputándose como seres humanos nacidos.

Esta normativa histórica de 1870, se vería posteriormente modificada por una Real Orden de 30 de Enero de 1871 si bien, en su aplicación la Doctrina de la Dirección General de Registros al respecto ha seguido manteniendo la inscribibilidad de los nacidos y fallecidos antes de las veinticuatro horas.

Después de estas referencias obligadas al “nasciturus” y la doctrina predominante al respecto, en otro orden de ideas, Mauricio CORREA CASANOVA, se plantea la siguiente cuestión ¿desde qué punto de vista moral se deben elaborar las leyes que buscan prohibir o proteger determinadas prácticas que dividen profundamente las convicciones morales de los ciudadanos?⁴⁶

Para contestar a la pregunta enfrenta dos posturas, la de Michael SANDEL, catedrático estadounidense que se ubica dentro de la corriente teórica comunitarista y John RAWLS, filósofo estadounidense (1921-2002) conocido por sus contribuciones a la filosofía política liberal. Michael SANDEL dice⁴⁷ que para los juicios de la justicia hay que evitar juicios particulares sobre la moralidad de las prácticas en cuestión o que están en debate, por lo que hay que evitar o poner entre paréntesis nuestras controvertidas concepciones morales y religiosas a la hora de elaborar las leyes. En el fondo éste sería el núcleo sobre el que descansa la tolerancia liberal.⁴⁸

RAWLS mantiene⁴⁹ que la concepción pública de la justicia que ha de gobernar en una sociedad democrática constitucional no puede estar justificada en los términos de ninguna doctrina comprensiva particular, religiosa o secular, por lo que desarrolla un liberalismo estrictamente político que no decide que juicios morales son verdaderos o falsos y se abstiene de entrar en controversias morales.

⁴⁶ Vid. CORREA CASANOVA, M. “Dos versiones rivales sobre la tolerancia” en *Revista de Filosofía y Teología*, Veritas, vol. I, núm. 14, 2006, pág. 97.

⁴⁷ Vid. SANDEL, M. “Moral argument and liberal toleration: Abortion and Homosexuality”, en *California Law Review*, vol 77 núm. 2 , 1989, pag. 521.

⁴⁸ CORREA CASANOVA, M. “Dos versiones rivales sobre la tolerancia”, *op. cit.*, pág. 99.

⁴⁹ Vid. RAWLS, J. “Justice and Fairness: Political Not Metaphysical” (1985) en collected paper , S. Freeman (ed.), Harward University Press, Cambridge, Mass and London , 2001, págs 388 y ss.

Hay otras opiniones o posturas igualmente interesantes, como por ejemplo la de Luiz Henrique URQHART CADERMATORI, que refiriéndose al valor de la vida y sus implicaciones moral, religiosa, política y constitucional, llega a partir de ahí a la construcción de referentes más seguros con el objetivo de delimitar el papel del Estado y del Derecho en el ámbito del aborto y de su dimensión moral o religiosa.⁵⁰

Para ello, la base teórica que se utilice estará, fundamentalmente apoyada en las reflexiones de Ronald DWORKIN⁵¹ respecto del aborto y su tratamiento en relación con las libertades individuales. Elige este autor por su peculiar forma de tratar del tema en sus obras, entre las cuales se encuentran *“Los Derechos en serio (1977)”*, Barcelona, Ariel, 1992, *“EL Imperio de la Justicia”*, Barcelona, Gedisa, 1992 o *“La comunidad liberal”*, Buenos Aires editorial Paidós, 1991.

DWORKIN establece dos argumentos como la base a los planteamientos contrarios al aborto; el primero de ellos afirma que el aborto es injusto porque está violando el derecho de alguien a que no se ponga fin a su vida.

Lo llama oposición derivativa, por el hecho de que ella supone derechos e intereses que todos los seres humanos tienen (incluyendo a los no nacidos) y, como conclusión llevaría a la prohibición o regulación de los supuestos de aborto.

La segunda oposición, oposición de independiente, ya que no depende de ningún interés o derecho en particular, afirma que la vida humana posee un valor intrínseco e innato, siendo sagrada en sí misma. La vida biológica empezaría antes incluso de que esa criatura pueda tener movimientos, sensaciones, intereses o derechos propios.

Aquí el aborto sería injusto por desconsiderar y destruir el valor intrínseco y sagrado de cualquier grado o forma de vida humana.

⁵⁰ Vid. URQUHART CADEMARTORI, L.H., *“El problema del aborto con relación al Derecho, la moral y la religión”*, en Revista General de Derecho Penal, núm. 2, 2004, págs 1 a 6.

⁵¹ Filósofo del Derecho (1931/2013) y catedrático de derecho constitucional cuya teoría del derecho fue una de las contemporáneas más influyentes respecto de la naturaleza del derecho.

Las dos oposiciones son polémicas, pero fundamentalmente la oposición derivativa, además de ser la que se tiene más en cuenta al tratar el aborto y todo lo que gira en torno a él con respecto a los derechos.

Así desde este punto de vista, la cuestión previa es saber si una criatura tiene derechos e intereses, principalmente el de no ser destruido a partir de su concepción.

Dworkin pone de relieve que no todo lo que puede ser destruido tiene intereses en contra. El autor irá realizando un juego de acercamientos, partiendo de cosas y llegando a los seres humanos, intentando con esto ubicar mejor la idea de intereses por la vida.

Pone el ejemplo de una escultura, diciendo que si se destruyera constituiría una ofensa al valor intrínseco de las grandes obras, afectando el interés de las personas que sienten placer en admirar o estudiar dichas obras pero ello no significa que la obra en sí misma tuviera intereses contrarios a su destrucción.

Incluso aquello que está vivo o se encuentra en proceso de transformación en algo más maduro tampoco tendrá intereses propios.

Con los seres humanos tampoco se puede afirmar que para que algo tenga intereses sea suficiente que pueda desarrollarse hasta llegar a un ser humano.

Dice que para que algo tenga intereses no es suficiente con que esté a punto de transformarse en un ser humano, o mejor, no en cualquier circunstancia. En realidad, el aspecto fundamental es que tenga o haya tenido alguna forma de conciencia, en el sentido de algún tipo de vida mental y de vida física.

Todo ente capaz de sentir dolor tiene interés en evitarlo. Del mismo modo, infligir dolor a una criatura que ya posee un sistema neuronal desarrollado contradice sus intereses. Aunque no se sabe con exactitud sobre el momento exacto en que tales conexiones neuronales ocurren, parece que se produce después de pasada la mitad del periodo de embarazo. Tal constatación sirve para el establecimiento de límites éticos y jurídicos para la interrupción del embarazo a partir de tal periodo.

Aun así habría mucho que argumentar respecto de tal posibilidad.

El autor admite que las mujeres tienen un derecho constitucional a la privacidad el cual incluye la decisión no tan sólo de concebir o no sus hijos, sino también de tenerlos o no.

Si esto es así, decisiones tales sobre la privacidad se justifican partiendo del supuesto de que las decisiones que afectan el matrimonio y el nacimiento de los hijos son tan íntimas y personales que las personas deben tener la libertad suficiente de tomarlas con base en sus propias convicciones, sin que pueda permitirse que la sociedad les imponga una decisión colectiva.

En este sentido, las decisiones sobre el aborto son tan personales como cualquier otra decisión sobre el derecho a la privacidad que los Tribunales han protegido. O incluso mayor por los cambios en el cuerpo de la mujer.

Con ello, DWORKIN dice que bajo tal punto de vista no es posible diferenciar el aborto de la contracepción. En realidad, parece imposible diferenciar, coherentemente, incluso desde el punto de vista médico el aborto de algunos supuestos más comunes de contracepción, una vez que los contraceptivos más eficientes y seguros, es decir, los dispositivos intra-uterinos y las píldoras contraceptivas actúan como abortivos, al destruir los óvulos fertilizados.

¿Y cuál sería la correcta interpretación constitucional?

Según DWORKIN cualquier interpretación de la Constitución debe ser precedida y testada con base en dos dimensiones amplias y relacionadas entre sí: la primera de ellas es la adecuación. Es decir, debe rechazarse una determinada interpretación constitucional si las prácticas jurídicas concretas fueran totalmente incompatibles con los principios jurídicos que tal interpretación recomienda. Ello equivale a decir que el punto de apoyo de la correcta interpretación debe fundarse en la práctica jurídica real.

La segunda dimensión corresponde a la de la justicia en los siguientes términos: cuando dos concepciones diferentes sobre la mejor interpretación de cierto dispositivo constitucional pasan el test de adecuación ya mencionado, se debe dar preferencia a aquella cuyos principios

reflejen mejor los derechos y deberes morales de las personas (es decir, las convicciones de derecho y justicia compartidas por la comunidad política), pues la Constitución es una afirmación de ideales morales abstractos que cada generación debe interpretar por sí misma, independiente de la voluntad originaria y descontextualizada de cada legislador constituyente.

Por ello, expresiones tales como "libertad", "autodeterminación", "crueldad" o "igualdad" consideradas en abstracto se vuelven demasiado amplias. Cuando estas expresiones se consideran en su sentido literal, según DWORKIN, asumen el sentido de que el gobierno trate a todos los que se encuentran bajo su dominio con igual consideración y respeto, lo que equivale a no infringir sus libertades más básicas.

Hay que reconocer, y DWORKIN lo hace⁵², que en muchos supuestos constitucionales resulta difícil decidir si alguna interpretación propuesta puede atender al criterio de la adecuación, correspondiente a la primera dimensión interpretativa propuesta por él, es decir, en términos de adecuación de la correspondencia del supuesto en tela de juicio con la práctica y la historia jurídica tratando de superar el test de esta dimensión.

Como conclusión, como dice Margarita BOLADERAS, se puede decir que hay buenas razones para pensar que no debería haber ningún ideal de vida buena que no tuviera en cuenta la distinción entre un ser que se está constituyendo y un ser constituido, entre los derechos de una persona y la protección debida a un embrión, entre la libertad de elección de la madre y la existencia de un ser dependiente de ella, entre la toma de decisiones racionales y la sumisión a autoridades dogmáticas. Si los bienes de la libertad, la justicia y la racionalidad no son centrales en un modelo de vida buena, ¿qué clase de vida buena es?

La virtud de la prudencia no se desarrolla con dogmas de fe sino con razones, con experiencia práctica, con la combinación de otras virtudes como la sabiduría, la templanza, la fortaleza, la compasión el reconocimiento del otro... Toda concepción de vida buena debe incorporar el sentido de la responsabilidad y de la maternidad y paternidad responsables y ello no se opone sino que se complementa con la capacidad de decisión *sobre* la interrupción de la gestación.

⁵² Vid. DWORKIN, R. *“El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual”*, Madrid. Editorial Ariel, 1998. págs. 12 y ss.

Esta no es una cuestión solo de ética política, sino de principios fundamentales, de respeto a la dignidad y a la autonomía de la persona: de requisitos básicos de la noción de vida buena.

Además de la perspectiva de *los* principios, podemos situarnos en la perspectiva consecuencialista y asumir que de la aceptación de la interrupción de la gestación se siguen consecuencias positivas y negativas. Las primeras tienen que ver con el propio reconocimiento de principios éticos y derechos fundamentales, así como con la evitación de sufrimiento y frustración a millones de *mujeres*. Las segundas se refieren a los posibles abusos que se seguirán de esa aceptación; pero lo mismo ocurre en todos los ámbitos de la acción humana: cualquier práctica puede dar pie a diversos tipos de abusos, sin que por ello se piense que ha de ser prohibida.⁵³

Decía la teoría tridimensional de Miguel REALE que donde exista un fenómeno jurídico, hay irremediabilmente un *hecho* subyacente -hecho económico, político, o social-, un *valor* que confiere determinada significación a ese hecho, que inclinan o determinan la acción de los hombres para alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y finalmente, una *norma* que representa la relación o medida que integra a uno de aquellos elementos con el otro: al hecho y al valor. Además, se afirma que tales elementos -hecho, valor y norma- no existen separados unos de otros, sino que coexisten perfectamente, pues no se excluyen, ni se implican.⁵⁴

Así se confirma que la regulación del aborto sigue el esquema planteado por el autor.

1.2. TOMA DE POSTURA

La teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale busca explicar el derecho desde la forma en que se da en el mundo de la vida cotidiana. Su planteamiento es tan simple que, paradójicamente, permite explicar la compleja dinámica del fenómeno jurídico, aun cuando ante un caso concreto se produce una contradicción de normas de igual jerarquía o bien cuando nos encontramos ante una laguna del derecho. En estos “casos difíciles” es aplicable el método de análisis y respuesta tridimensional, dado que ante la falta de norma (laguna del derecho) o ante el conflicto normativo (contradicción de dos normas de igual rango), la teoría

⁵³ Vid. BOLADERAS, M: “*El aborto, ¿es bueno todo lo que es justo?*”, Blasco P.L (ed).Universidad de Barcelona. Pag. 156.

⁵⁴ REALE, M., “*Teoría Tridimensional del Derecho*”, op. cit., pág.15

de Reale permite encontrar solución por medio de los otros dos elementos extranormativos: los hechos y los valores.

Miguel Reale desemboca en el tridimensionalismo jurídico como nota esencial del fenómeno jurídico. Así, tanto hechos, valores y normas analizados en forma individual, como las diferentes disciplinas jurídicas especializadas en su estudio, tal y como en su libro Sociología Jurídica, Filosofía Jurídica y Ciencia del Derecho o Jurisprudencia, no pueden dar cuenta separadamente del fenómeno jurídico, sencillamente porque todos estos elementos están siempre presentes, y fruto de las relaciones dialécticas que se establecen entre ellos se desenvuelve la vida misma del derecho.

Por todo ello, reconozco que el tridimensionalismo jurídico ha contribuido a crear un nuevo paradigma en la comprensión e interpretación del derecho, persiguiendo una idea global y congruente de la experiencia jurídica, integrando en una unidad orgánica, contenidos y elementos que antes estaban dispersos. Esta aportación nos ha ayudado a construir un diseño de la realidad del aborto, desconocido hasta el momento y original por completo.

De este modo, el estudio del aborto no sólo va a tener en cuenta las normas positivas, estudiadas de manera aislada; más bien al contrario; va a analizar estas normas positivas dentro del contexto socio-moral que las configura, que las diseña y que las hace evolucionar.

2. DEFINICIÓN DEL ABORTO

Me parece adecuado iniciar este punto **definiendo** el objeto de este estudio, el aborto.

Superada y considerada derogada (S. 28-6-1977, Díaz Palos), la definición que del aborto ofrecía la Ley 24-1-1941, que estimaba como tal “no solo la expulsión prematura y voluntariamente provocada del producto de la concepción, sino también su destrucción en el seno de la madre”, nuestra jurisprudencia, de modo reiterado, afirma que consiste en la muerte maliciosa de un feto o producto de la concepción humana, bien cuando se llega al mismo fin con el empleo de medios que provoquen la expulsión prematura, produciéndose la

muerte en el exterior por falta de condiciones de viabilidad. (S. 18-12-153, Díaz Plá, cuya definición reproduce las de 11-3-1974, Vivas y 6-12-1985, Soto).⁵⁵

Se considera así el aborto como delito contra la vida humana dependiente, de modo que el bien jurídico protegido es la vida del nasciturus, que, según el T.C (STC 53/1985 de 11-4) “es un bien jurídico constitucionalmente protegido” (lo que ya había reconocido en S. 27-6-1984). Pero además, aunque secundariamente, se protegía, según algunas antiguas sentencias del T.S (29-10-1956 y 17-6-1959), la vida y salud de la madre y el interés demográfico del Estado, actualmente, entendemos que, ya antes de la promulgación de la L.O 2/2010 de 3-3 denominada de “ salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, desde que fueron legalizados los anticonceptivos, no puede afirmarse que se protegieran o pretendieran proteger, castigando el aborto, intereses demográficos.

Según la Real Academia Española,⁵⁶ aborto viene del latín abortus, y lo define, primero, como “acción de abortar”, segundo, como “interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas” (dice que puede constituir eventualmente un delito), tercero, “ser o cosa abortada”, y, por último, como “engendro, monstruo”.

En Wikipedia se indica que el aborto es “el fracaso por interrupción o malogramiento de un proceso o actividad”.

La OMS define el aborto como la “Interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno” (viabilidad fetal).

La viabilidad extrauterina es un concepto cambiante que depende del progreso médico y tecnológico, estando actualmente entorno a las 22 semanas de gestación⁵⁷.

La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) ha recordado la anterior definición de aborto que recoge la Organización Mundial de la Salud (OMS) y también la Federación

⁵⁵ Vid. LUZÓN CUESTA, J.M. “*Compendio de derecho Especial. Parte Especial*”. Dykinson S.L, Madrid, 2011, págs. 35 a 36.

⁵⁶ Diccionario de la Real Academia Española. ESPASA LIBROS, 23.ª edición (2014). pág. 13.

⁵⁷ <http://www.abortoinformacionmedica.es/2009/03/28/definicion-de-ive-interrupcion-voluntaria-del-embarazo>. (Consultado el 27 de octubre de 2014).

Internacional de Ginecología y Obstetricia: “El aborto es la expulsión o extracción de su madre de un embrión o feto de *menos de* 500 gramos de peso, que se alcanza a las 22 semanas”.

La SEGO ha indicado que ya no puede considerarse aborto la interrupción del embarazo a partir de la 22 semana de gestación, sino que en ese momento hay que hablar de destrucción de un feto que es viable extrauterinamente ya que puede vivir por sí mismo con el apoyo médico correspondiente. Por eso, la Sociedad Española de Ginecología ha manifestado de modo institucional la propuesta médica y ética de “inducir el parto” cuando las madres soliciten abortar a partir de la semana 22.

Se define también a menudo usando el término “no nacido”. Por ejemplo, Lydia Feito, doctora en Filosofía y Letras. Profesora de ética Universidad Rey Juan Carlos lo define cómo⁵⁸: “una interrupción del embarazo que provoca la muerte y expulsión del no nacido cuándo éste no es aún viable”.

El término “no nacido” parece ambiguo porque parece que quiere evitar frases como “pre-embrión” (estado previo a la anidación), “embrión” (desde la anidación hasta el segundo mes), “feto” (del segundo al sexto mes) y “feto viable” (a partir del sexto mes con apoyo artificial), fases que son muy significativas con respecto a esta cuestión.⁵⁹

También se usan otros términos similares, por ejemplo en EEUU en la asistencia sanitaria se usa «bebé no-nacido» y «protección los bebés no nacidos», así como «feto como paciente».

El término paciente al feto es tan confuso como el de «bebé no-nacido». Referirse al feto como paciente, de igual modo que se llama paciente a la madre, introduce una simetría entre ambos inadecuada desde el punto de vista normativo. Los deberes para con uno y para con la otra no son los mismos y esa asimetría ha de quedar clara; en caso contrario nos deslizamos hacia interpretaciones y razonamientos erróneos.⁶⁰

⁵⁸ Vid. FEITO GRANDE, L. “Problemas bioéticos en el inicio de la vida: menores, anticonceptivos y aborto”. Revista Dialnet, 2007, págs. 93 a 117.

⁵⁹ Cfr. CARRACEDO RUBIO, J. “Algunas precisiones sobre la argumentación a favor y en contra del aborto”, Revista Internacional de Filosofía, núm. 10, 2005. Universidad de Málaga. págs. 79 a 98.

⁶⁰ BOLADERAS, M., “El aborto: ¿es bueno todo lo que es justo?”. op. cit., pág. 14.

Las expresiones «aborto», «interrupción del embarazo» e «interrupción de la gestación» evocan connotaciones diversas. «Aborto» tiene un sentido directamente peyorativo mientras las otras expresiones ponen de manifiesto el cese de un proceso del que es agente la mujer. Se puede así constatar usos y comprensiones distintas de un mismo término, y podemos intuir lo que implica la aceptación de cada una de ellas.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ABORTO

3.1. MODELOS HASTA EL S.XIX.

En cuanto a la evolución histórica del aborto, a muy grandes rasgos, en el período histórico de occidente, podríamos distinguir varias etapas: antigüedad clásica (Grecia, Roma. S. IV a.c. hasta la caída del Imperio Romano, s. V), Alta Edad Media (s. V al XI), Baja Edad Media (s. XII al XV), Edad Moderna (mediados s. XV a mediados del s. XVIII) y Edad Contemporánea (mediados s. XVIII en adelante)

Las primeras regulaciones jurídicas acerca del aborto datan del s. III a.c. Por un lado, la Torah⁶¹, penaba el aborto de la mujer libre con una sanción pecuniaria si el feto aún no estaba formado, pero con la pena del talión (muerte por muerte) si el feto ya lo estaba.⁶²

Los griegos sabían de relación causal existente entre el intercambio sexual y el embarazo, aunque no conocían los métodos anticonceptivos.

Si que se preocupaban, tanto griegos como romanos de limitar la familia, y si echamos vista a diferentes testimonios, se ve que únicamente para ello utilizaban el aborto y el infanticidio.

Diferentes filósofos opinaron sobre ello. Las opiniones más significativas fueron las de Platón, Aristóteles, Séneca y Pitágoras.

⁶¹ La Torah, también conocida como La Ley de Moisés, es el documento más importante de la religión judía, el cual está escrito en hebreo. La Torah está compuesta por los cinco primeros libros de la Biblia (pentateuco): Génesis, Éxodo, Levítico, Números, y Deuteronomio. Estos libros contienen los 613 mandamientos de los judíos, así como la historia de los inicios de esta religión.

⁶² Vid. SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., “*Notas para el estudio del aborto en el Derecho Histórico Español*”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 72, Madrid, 1988, pág. 19.

Los pitagóricos, por comenzar por uno, eran contrarios al aborto. Creían que el feto poseía un alma y que era un ser animado desde el primer momento de la concepción.⁶³

Existe un documento deontológico muy importante, “el juramento hipocrático”, que venía a decir “no administraré a nadie un fármaco mortal aunque me lo pida, ni tomaré la iniciativa de tal sugerencia. Del mismo modo, tampoco daré a una mujer un pesario abortivo”, sobre el cual hay dudas de si lo escribió Hipócrates o fue fruto de las enseñanzas del pitagorismo. Es un documento clave en muchísimos códigos éticos profesionales posteriores. Prohíbe la práctica de la eutanasia, del suicidio y del aborto.⁶⁴

Séneca es uno de los representantes del estoicismo que más nos ilustra con respecto al tema del aborto dentro de esta doctrina. Escribió un tratado sobre la embriología humana. Asocia al recién nacido con la capacidad inicial del individuo para respirar.

Las opiniones reseñadas que sobre el aborto expusieron algunas de las principales escuelas filosóficas de la antigüedad nos dicen que ellas, en general, estaban enmarcadas en el contexto histórico en que se expresaron. Una ética prerreflexiva correspondiente a los usos y costumbres tradicionales no ponía reparos graves a la práctica del aborto ni tampoco señalaba explícitamente los casos que lo justificaren. En un segundo nivel mucho más reflexivo, el pensamiento ético, de la mano con el desarrollo de la filosofía, empezó a vislumbrar objeciones a este tipo de prácticas sociales. Hubo más conciencia del valor del hombre como persona y de la estatura moral que éste debía asumir en sus actos relacionados con otros seres de la especie que, paradójicamente, tenían la potencia de constituirse también en hombres y que además no poseían la oportunidad de defenderse de la acción de los adultos. El aborto, como tal, obedecía, y sigue obedeciendo, a causas más sociales que biológicas. Estas últimas siempre encontraron una forma de justificación (malformaciones, enfermedades, etc.), por las consecuencias que traían para la familia y la comunidad. No existía desarrollado plenamente un sentimiento de caridad hacia los minusválidos en el colectivo social, que tardó siglos en producirse.

⁶³ Vid. DA COSTA LEIVA, M. “*El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos*” (Doctor en Filosofía y Letras). Revista latinoamericana de bioética. Volumen 11, número 1, Edición 20, 2011, págs. 90 a 101.

⁶⁴ DA COSTA LEIVA, M. “*El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos*”, op. cit., págs. 90 a 101.

La exposición de estas posturas nos indican, en todo caso, que el aborto ha sido un tema recurrente a través de la historia humana y que sobre él, se han vertido diversas opiniones. La forma de juzgarlas tiene que ver, obviamente, con el instante histórico en que fueron dichas.

En Grecia era empleado para regular el tamaño de la población y mantener estables las condiciones sociales y económicas. Platón recomendaba el aborto a las mujeres embarazadas mayores de 40 años o cuya pareja era mayor de 50 años. Aristóteles sostenía que el feto se convierte en 'humano' a los 40 días de su concepción si es masculino y a los 80 si es femenino y recomendaba el aborto para limitar el tamaño de la familia. La decisión era dejada a la madre, salvo de que se tratara de cuestiones de Estado.

En el libro “La política”, libro séptimo, capítulo XIV, de Aristóteles se puede ver su opinión al respecto. En primer lugar está a favor de no criar a los hijos deformes, lo que hace imaginar que la solución sería la muerte de esos seres “deformes”. Por otro lado, habla del aborto como sistema de control de natalidad para ciudades extremadamente pobladas: “Con respecto a la exposición o crianza de los nacidos, debe prohibirse por ley la crianza de los hijos deformes: pero por otra parte, y donde se presenta este problema del número excesivo de hijos y su exposición estuviere prohibida por la costumbre, debería fijarse un límite a la procreación; y si algunos tuvieran hijos por continuar sus relaciones más allá del término establecido, deberá practicarse el aborto antes que se produzcan en el embrión la sensación y la vida, pues la licitud o ilicitud de aquel acto se definen por la sensación y la vida” .

En la antigua Roma el aborto estaba permitido, pues el derecho romano no consideraba al nasciturus como persona, aunque le reconocía derechos tales como el derecho a nacer (posponiendo, por ejemplo, las ejecuciones de mujeres embarazadas condenadas a muerte).

En el mundo antiguo griego y latino, ambas culturas patriarcales, el aborto era comúnmente practicado por los médicos, sobre todo en caso de embarazos extraconyugales.

En las culturas matriarcales y en la céltica, donde la descendencia más importante era la materna, el aborto era dejado a discreción de la mujer. Generalmente no era practicado porque era considerado un insulto a las divinidades femeninas del renacimiento y de la fertilidad. Se suponía que rechazar una vida donada por la Diosa llevara mala suerte al clan, en cambio estaba permitido dejar morir a sus propios hijos, sobre todo si nacían con alguna malformación

física. Los vikingos los echaban a un hoyo con fieras. Se sabe que entre los asirios las mujeres que abortaban y eran descubiertas eran empaladas.

El Concilio de Lérida (546), por lo que concierne a la legislación canónica del s. VI, introduce importantes novedades a la hora de regular el aborto y el infanticidio. Hasta entonces sólo se había hecho referencia exclusiva a la madre como autora del aborto o infanticidio. Con éste se distinguen los supuestos de hijos concebidos ilegítimamente y de hijos adulterinos. Reducía además las penas e imponía como sanción la excomunión por vida a aquellos que han proporcionado el veneno causante del aborto.⁶⁵

Es a partir de los escritos de los primeros cristianos que el aborto se convierte en un asunto de teología y moral. Durante los primeros seis siglos de la cristiandad los teólogos no lograron ponerse de acuerdo sobre este punto y en diferentes áreas geográficas regían diferentes opiniones. Mientras una minoría opinaba que la hominización ocurría en el momento de la fecundación otros opinaban, que eran la mayoría, que no, sosteniendo el punto de vista de Aristóteles. Las contradicciones sobre el momento de la homonización no fueron resueltas sino a partir de los escritos de San Agustín en que la teoría de la hominización predominó, siendo convertida en doctrina oficial de la Iglesia en el x XIX, quedando oficializada la opinión de San Agustín afirmando que “el aborto es homicidio sólo cuando el feto se ha formado”.

Así con la afirmación del Cristianismo se restringieron las prácticas abortivas.

Y aunque Santo Tomás y San Agustín afirmaban que el embrión no tenía alma hasta que asumía forma humana, sin embargo, más allá del problema de la animación del feto, la Iglesia Católica ha afirmado desde sus inicios (y hasta la fecha) que debe ser considerado como persona.

En la Edad Media, el derecho canónico establecía la distinción entre el *corpus formatum* (que podía recibir el alma, convirtiéndose en feto animado) y el *corpus informatum* (que no había llegado a ese estado). Retomando la definición de Aristóteles, el feto se volvía humano después de 40 días de la concepción, en los varones, y de 80 días, en las mujeres. Sin embargo, el aborto y el infanticidio eran medios comunes para limitar la población.

⁶⁵ SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., “Notas para el estudio del aborto en el Derecho Histórico Español “. op. cit., págs. 27 y 28.

A partir del siglo XVII muchos países del mundo promulgaron leyes que convertían el aborto en ilegal.

Durante toda la Edad Moderna, la norma básica reguladora del aborto será el precepto contenido en las Partidas.⁶⁶ La punición del aborto venía condicionada por la concurrencia de dos factores: que existiese dolo (intención de provocarlo), y conseguido el resultado deseado, la punición estaba en función de si se trataba de un feto animado (pena capital) o inanimado (destierro por cinco años). Sobre estos puntos va a tratar toda la literatura jurídica de los siglos, XVI, XVII y XVIII.

El Código penal de 1822, en su art. 639 distinguía dos formas de aborto: el realizado con consentimiento de la madre, y el no consentido por ella. Además tenía en cuenta los grados de tentativa y consumación, además si había sido ejecutado por facultativos (médicos, etc.) se agravaba con la inhabilitación perpetua de la profesión). EL art. 640 recogía el aborto realizado por la madre que sólo se penalizaba en caso de consumación (además de recoger atenuantes ante determinadas circunstancias). Las penas se redujeron considerablemente (14 años para los facultativos, 8 para la madre).

El Código penal de 1848 y su reforma de 1850 le dedicaba 4 artículos. El primero recogía los abortos por terceros con dolo, el segundo introducía una novedad con respecto al anterior al sancionar el aborto ocasionado violentamente aunque no hubiese habido propósito de causarlo. Y los otros dos no introducían novedades.

EL Código Penal de 1870 tan sólo introducía de nuevo la pena de arresto mayor y multa con la que se sancionaba a los farmacéuticos que expidieran abortivos sin la debida prescripción médica.

3.2 MODELOS A PARTIR DEL S XX EN ALGUNOS PAÍSES

⁶⁶ SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., "Notas para el estudio del aborto en el Derecho Histórico Español". op. cit., págs. 35 y ss.

Pocas novedades también en los siguientes Códigos Penales de 1928 y 1932, salvo que en este último se pena el delito de aborto con resultado de muerte para la madre, donde se agravan las penas.⁶⁷

El Código Penal de 1944 tiene su origen en la Ley de protección de la natalidad de 24 enero de 1941 en la que se castigaba todo aborto provocado, además de tipificar toda conducta que tendiese a evitar la procreación y dónde por primera vez se define el aborto, y se hizo como “expulsión prematura y voluntaria provocada del producto de la concepción y su destrucción dentro del seno de la madre”.

El Código Penal de 1973, tipificaba el aborto, dentro de su Capítulo III, en los artículos 411 a 417. En su articulado castigaba al que de propósito causara un aborto con la pena de prisión mayor si obrara sin consentimiento de la mujer y con la de prisión menor si la mujer lo consintiera, elevando la pena de prisión mayor si se hubiere empleado violencia, intimidación, amenaza o engaño para realizar el aborto en el primer caso, o para obtener el consentimiento, en el segundo. Castigando a continuación con la pena de reclusión menor si a consecuencia del aborto, o de prácticas abortivas realizadas en una mujer que no estaba embarazada, pero se creía que lo estaba, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, se produjera la muerte de la mujer o alguna de las lesiones a que se refería el número primero del artículo 420 del mencionado código y con la pena de prisión mayor, si se le causaba cualquiera otra lesión grave.

Asimismo, imponía la pena de prisión menor si el aborto era ocasionado violentamente, a sabiendas del estado del embarazo de la mujer, cuando no hubiera propósito de causarlo.

Castigando en los artículos 413 y 414 a la mujer que producía su aborto o consentía que otra persona se lo causara, y cuando la mujer producía su aborto o consentía que otra persona se lo causara para ocultar su deshonor con la pena de prisión menor y con la pena de arresto mayor respectivamente. Igual pena se aplicaba a los padres que, con el mismo fin y con el consentimiento de la hija, producían o cooperaban a la realización del aborto de ésta, agravando la misma si se causaba la muerte de la embarazada o lesiones graves.

Finalizaba dicho articulado penalizando las conductas del facultativo que, con abuso de su arte,

⁶⁷ C.P 1932, art. 417.3: “cuando a consecuencia del aborto, resultare la muerte de la mujer embarazada, se impondrán las penas respectivas en su grado máximo, siempre que hubiere mediado imprudencia y no correspondiere mayor pena, conforme al artículo 558”.

causara el aborto o cooperase a él, sin hallarse en posesión de título sanitario, y se dedicaren habitualmente a esta actividad y al farmacéutico que, sin la debida prescripción facultativa, expendiere un abortivo.

Y, por último, el Proyecto de Código Penal de 1980, no introdujo grandes novedades respecto a los anteriores.

Sí que en este siglo se comenzó a concebir de diferentes maneras al ser humano, lo que se tradujo en cambios en la legislación de los diferentes países. En La Unión Soviética (1920) se produjo la primera legalización mundial del aborto. Le siguieron entre 1956 y 1957 otros países también de régimen comunista, como Polonia, Hungría, Bulgaria y Checoslovaquia.

Se autoriza también en algún país democrático, como Suecia (1938) pero para casos especiales, pues la ley que lo legalizará será de 1975.

En 1954 la Federación Internacional de Planificación Familiar, fundada por Margaret Sanger en los Estados Unidos, aboga por un movimiento global que desde los países poderosos empuje a los países dependientes a legalizar la práctica abortiva. En 1967 la Asociación Médica Profesional de Estados Unidos retira el aborto del listado de malas prácticas y varios estados lo aceptan como intervención quirúrgica legítima en determinados casos.

EEUU empieza a impulsar legislativamente el asunto a partir del 22 de febrero de 1973, el Tribunal Supremo de EEUU dicta sentencia liberalizadora en el caso Doe vs Bolton⁶⁸, que refuerza la sentencia del caso Roe vs Wade.⁶⁹

Esta última sentencia abandona el tipo de justificación que se había utilizado hasta ese momento, y que se refería principalmente a la "lógica del estado de necesidad": peligro para la salud de la madre. Ahora la argumentación será que "el derecho a la privacidad personal incluye la decisión de abortar". El plazo de los tres meses se establece sobre un dato

⁶⁸ El Caso Doe contra Bolton (410 US 179, 1973) es una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos que anuló la ley sobre el aborto del estado de Georgia. La decisión del Tribunal se hizo pública el 22 de enero de 1973, el mismo día que la decisión sobre el famoso caso Roe contra Wade (410 US 113, 1973).

⁶⁹ El Caso Roe contra Wade o Roe vs Wade, es el nombre del caso judicial por el cual se reconoció en 1973, (por fallo dividido) el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto inducido en Estados Unidos.

estadístico: el aborto resulta menos peligroso que el parto para la mujer en los primeros noventa días del embarazo.

La situación, no está estabilizada, y continúa ampliándose o reduciéndose. Algunos estados de EEUU como Dakota del Norte y del Sur, Kansas, Arkansas, Virginia, Texas y Misisipí, están legislando a favor de restringir el aborto e incluso prohibirlo. También en EEUU y en Japón se ha legislado recientemente considerando un delito el daño causado al feto. En EEUU ha sido prohibido el “Partial-BirthAbortio”.⁷⁰

En **Gran Bretaña** se despenaliza el aborto con la AbortionAct, en 1967.

La decisión de EEUU impulsó la implantación de legislaciones que permiten el aborto: Francia, Austria y Suecia (1975), Alemania y Dinamarca (1976), Luxemburgo (1978), Holanda (1981), Portugal (1984), España (1985), Grecia (1986) y por último Bélgica (1990).

En **Polonia** se ha producido un giro muy importante en las incidencias de aborto al cambiar la legislación, que, aunque mantiene la despenalización para algunos casos, refuerza la asistencia a las embarazadas y penaliza al personal sanitario que no cumple estrictamente la ley, no la mujer.

En 2007 en **México** se autorizó el aborto, siendo el primer país de América Latina, con excepción de Cuba.

En **África**, el país abortista por excelencia es la República Sudafricana donde se aprueba la legislación abortista en 1997.

También es importante señalar las legislaciones pro aborto que, desde una óptica principal del control de la natalidad, tienen tanto la **India** como **China**.

⁷⁰ El aborto de nacimiento parcial, o IDX, se lleva a cabo para poner fin a un embarazo desde mediados a finales del segundo trimestre. Se lleva a cabo típicamente entre la 19 y 26 semanas de embarazo. IDX es muy controvertido. Algunos médicos sostienen que IDX tiene ventajas que la hacen preferible a otros procedimientos de aborto tardío. Una ventaja es que el feto se elimina en gran parte intacto, permitiendo una mejor evaluación y la autopsia del feto en casos de anomalías fetales. (medical-dictionarythefreedictionary.com).

El aborto es quizá el elemento transversal que más controversia política ha representado y representa hoy día en el mundo. Así, al tiempo que en muchos países, como hemos visto, se aprobaban leyes abortistas, en muchos otros se blindaba el derecho a la vida.

En **Irlanda** se aprobó una reforma constitucional en referéndum en 1983 que sancionaba la criminalidad del aborto.

En varios países excomunistas se ha pasado de contar con legislaciones abortistas a, una vez conseguida la normalidad democrática, revertir esas legislaciones a favor de la vida, cual es el caso de **Polonia, Croacia o Eslovaquia**. Tanto en El **Salvador** y Argentina, en los años 90, como en **Santo Domingo** en 2009, se cambiaron las leyes constitucionales para defender la vida desde el momento de la concepción. En México, como reacción a la legislación introducida en el distrito federal, dieciocho estados han ido reformando sus constituciones para estipular la inviolabilidad de la vida humana y protegerla del aborto. Podemos decir que independientemente de la naturaleza de la legislación vigente, no hay en la actualidad país en el mundo en el que el aborto no sea un tema de recurrente debate político y social.

3.3 MODELO ESPAÑOL

Actualmente el aborto ya está legalizado en 117 países (74% de la población mundial). Aquí en **España**, es con el primer Gobierno socialista, en febrero de 1983 y la aprobación del anteproyecto que se transformará en ley en noviembre del mismo año, cuando se despenaliza el aborto en tres supuestos: indicación médica, eugenésica y ética. En diciembre, del año citado, 1983, el diputado José María Ruiz-Gallardón, del Grupo Popular, presenta un recurso previo de inconstitucionalidad contra la ley. El recurso previo de inconstitucionalidad, que entonces existía, paralizó durante dos años la entrada en vigor de la ley, que, al final el TC declaró constitucional. Así, en 1985 se aprueba la primera norma legal de despenalización del aborto, no sin antes producirse intensos debates políticos e ideológicos como he comentado.

Ahora, 30 años después se están planteando reformas de esta Ley para adaptarla a los cambios sociales y, se puede comprobar, que pese al transcurrir de los años, sigue habiendo opiniones muy enfrentadas al respecto.

En la sentencia de abril de ese año, 1985, cuyo ponente fue Manuel Díez de Velasco Vallejo, el TC afirma que “indisolublemente ligado con el derecho a la vida (artículo 15 de la Constitución Española) en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona (artículo 10)”. Se hacen consideraciones sobre el derecho a la vida, concluyendo que es “un concepto jurídico indeterminado” y, en relación a la malformación del feto, que “el fundamento de este supuesto se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales. Sobre esta base, este supuesto no es inconstitucional”.

¿Está cambiándola perspectiva social acerca del aborto? La sentencia modificó la ley para adaptarla a su contenido. En ese trámite se introdujo la indicación de “la salud psíquica de la madre”, que no figuraba en la sometida a consulta del TC y que luego fue la más utilizada (en el 96% de los casos) y la que más inseguridad jurídica produjo. Fue un proceso largo y difícil que estamos volviendo a revivir.⁷¹

El PP gobernó durante ocho años, de 1996 a 2004, sin plantear ni su derogación ni su reforma. Sin embargo, se detectaron insuficiencias y problemas jurídicos que la precisaban. Se tardó 25 años en lograrlo, aunque se intentó en varias ocasiones sin éxito, hasta la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo hoy vigente y sobre la que está pendiente otro recurso de inconstitucionalidad.

Así, y con respecto a la INCONSTITUCIONALIDAD mencionada al PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL ABORTO, Navarro Valls en la revista Cronista nº 9, Enero 2010,⁷² analiza dicha cuestión y establece, en primer lugar, el propósito teleológico a que se orienta el Proyecto de Ley mencionado, y que el mismo está expresamente afirmado en su Exposición de Motivos al señalar que, «*la finalidad –se dice– de la presente Ley es adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia*», desarrollando unos supuestos «derechos fundamentales» de acuerdo con «*los valores dominantes y las necesidades de cada*

⁷¹ Vid. RUBIALES, A. “Aborto, constitucionalidad y herencia recibida”

http://elpais.com/elpais/2012/07/26/opinion/1343321360_293809.html (Consultado el 20 de marzo de 2014).

⁷² Vid NAVARRO-VALLS, R. Revista El Cronista Nº9, Enero 2010, págs. 62-69.

momento histórico», y que igualmente en la misma se insiste en la necesidad de certeza y seguridad para sus destinatarios, pues, según se dice, «la libertad sólo encuentra refugio en el suelo firme de la claridad y la precisión de la ley».

En cuanto **al marco jurídico internacional**, el autor citado expone que el «derecho al aborto» – o, el «derecho a decidir», en materia de interrupción voluntaria del embarazo– no está expresamente reconocido en ningún Tratado Internacional suscrito por España y en ninguno de los instrumentos citados por la Exposición de Motivos del Proyecto que analiza. Sino que todo lo contrario, si se tiene en cuenta las manifestaciones contenidas en dichos instrumentos:

– En la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (París, 10 de diciembre de 1948), se puede leer: *«Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica»*. Su artículo 3 reconoce que *«todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica»*, afirmándose en su artículo 25.2 que *«la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social»*.

– El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) dispone que *«todo ser humano tiene el derecho inherente a la vida. Este derecho será protegido por la ley. Nadie será privado arbitrariamente de su vida»*.

– La Declaración de los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959) consigna en su Preámbulo que *«... el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento»*. A su vez, el Principio 4 de la Declaración postula que tanto el niño como su madre cuenten con cuidados especiales, *«incluso atención prenatal y posnatal»*, debiendo el niño, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciben protección y socorro (Principio 8).

– El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989) establece que *«los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño»*.

Añadiendo el mismo que de acuerdo con el artículo 96.1 de la Constitución Española , sólo las disposiciones contenidas en Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez ratificados por España y publicados oficialmente, forman parte de nuestro ordenamiento interno, pero Lo cierto es que ningún Tratado Internacional en materia de derechos humanos, ratificado por nuestro país, reconoce el derecho al aborto, por lo que el mismo concluye que no puede afirmarse, subsiguientemente, que la despenalización del aborto forme parte de obligaciones internacionales asumidas por España⁷³, si además se tiene en cuenta, como recalca el Consejo de Estado, de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la materia *«no resulta un derecho al aborto –algo desconocido en los ordenamientos de nuestro entorno susceptibles de ser tomados como modelos– sobre el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha rehusado pronunciarse (caso Tysiac contra Polonia, par. 104), que ni siquiera se menciona en los instrumentos internacionales relativos a los derechos de la mujer (vid. Res 48/104 de 20 de diciembre de 1993, artículo 3) y cuya formulación carece de fundamento en nuestro ordenamiento jurídico»*, sin que, por lo demás, pueda *«reconocerse un derecho subjetivo –semejante al de propiedad– o un derecho personalísimo –como el que existe sobre el propio cuerpo–»* a eliminar un bien jurídico digno de protección como es el *nasciturus*⁷⁴.

Por lo que hace al objetivo de **la seguridad jurídica**, expresamente reconocido como espíritu orientador de la reforma, el mencionado autor establece que no parece que el texto del Proyecto sirva con eficacia a tan razonable propósito ya que según el mismo de acuerdo con lo preconizado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, aun cuando los términos previstos por el legislador puedan contener un margen de apreciación, esto no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica, siempre que sean susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general de modo que se elimine el temor a la desorientación y perplejidad en su interpretación. No vulnera la seguridad jurídica el prudente empleo por el legislador de conceptos jurídicos indeterminados, pero resulta indispensable que el sistema normativo contenga suficientes elementos para determinar, en cada caso concreto, cuál sea su alcance⁷⁵, apreciándose así en el Proyecto que el citado autor

⁷³ Sobre este aspecto, *cfr.* las conclusiones del Informe aprobado el 23.6.2009 por el Consejo Fiscal, a propósito del Anteproyecto del texto que aquí se analiza.

⁷⁴ Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009.

⁷⁵ Como dijo nuestro Tribunal Constitucional en sus Sentencias 227/1988, de 29 de noviembre, y 150/1990, de 4 de octubre, el principio de seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa,

analiza construcciones normativas de técnica deficiente, incompatibles con la seguridad jurídica pretendida y exigible.

Así, la nueva regulación viene a introducir directamente en nuestro ordenamiento definiciones de la Organización Mundial de la Salud (art. 2 del Proyecto), según las cuales la salud no sólo se identifica con el estado de completo bienestar físico y mental sino también social. Y, del mismo modo, la salud sexual supone un estado de bienestar físico, psicológico y «sociocultural», planteamiento que es reiterado a la hora de definir la salud reproductiva.

Navarro Vallas , por tanto, no tiene ninguna duda en el contexto de lo jurídico acerca de la necesaria conexión entre «salud» –también, por supuesto, la sexual y la reproductiva– y bienestar físico y mental, pero el Proyecto no da respuesta a interrogantes como cuándo puede hablarse de bienestar «social » o «sociocultural» como elemento integrante de la salud o en qué consiste realmente ese bienestar, configurándose así una suerte de concepto jurídico indeterminado cuya integración se presenta harto compleja.

Para este autor, haciendo abstracción de los preceptos que la CE dedica a la salud⁷⁶, la norma esencial en la que la mayor parte de los tratadistas se han venido fijando a la hora de delimitar el ámbito del derecho a la salud está constituida por el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, a cuyo tenor:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental⁷⁷.

irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad. En un plano de mayor concreción, el principio de seguridad jurídica implica que el legislador ha de perseguir la claridad y debe procurar que, en relación con la materia sobre la que se legisla, sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, evitando la generación de situaciones objetivamente confusas, como complicados juegos de remisiones entre normas. La seguridad jurídica, en suma, requiere certeza en la regla de derecho y proscribire fórmulas proclives a la arbitrariedad.

⁷⁶ El artículo 43.1 reconoce el derecho a la protección de la salud, atribuyendo, su número 2, a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios; su número 3 encarga a esos mismos poderes el fomento de la educación sanitaria, a la que se añade la educación física, el deporte y la adecuada utilización del ocio.

⁷⁷ Obsérvese que no se hace mención al componente «social» o «sociocultural».

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños.
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad», siendo tan importante esta norma que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU identifica el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental con el contenido propio del derecho humano a la salud, haciendo derivar ese derecho de la dignidad inherente a toda persona humana⁷⁸.

Sin embargo, para este autor identificar, sin más, la salud con el estado de bienestar «social» –y la salud sexual y reproductiva con el estado de bienestar «sociocultural»–, como hace el Proyecto, no propicia la pretendida seguridad jurídica, ya que, el artículo 15.a) de la nueva regulación proyectada contempla la posibilidad de que el embarazo se interrumpa por causas médicas, siempre que no se superen las veintidós semanas de gestación y exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada., planteándose el mismo si esta previsión se refiere sólo al estado de completo bienestar físico y mental de la mujer o cabría la posibilidad, para acogerse válidamente a esta indicación, de que se invocase una ausencia de bienestar «social» o «sociocultural».

Por otra parte, el autor destaca dos cosas del mencionado texto:

Primera, que el mismo equipara, en algunos pasajes, *embarazada* y *paciente*, sugiriendo según él una visión negativa del embarazo, que paragona con *enfermedad*, *careciendo* estas homologaciones terminológicas de rigor gramatical y léxico, con indeseables efectos en la

⁷⁸ Como fácilmente puede vislumbrarse, la cuestión no es, en modo alguno, baladí, excediendo de una discusión puramente terminológica. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el Proyecto concibe la interrupción voluntaria del embarazo como una prestación sanitaria y que el Tribunal Constitucional, en Sentencia 53/1985, de 11 de abril, interpretó la expresión «grave peligro para la salud de la embarazada» como afección a la integridad física de la mujer, considerando el término «salud» sólo en sus vertientes física y psíquica.

interpretación de las normas, ya que el primer criterio a valorar es, precisamente, el del significado literal de las palabras (art.3 del Código Civil).

Segunda, el empleo indiscriminado –falta de precisión– que en el Proyecto se hace de los vocablos «derechos» y «libertades», calificándolos en muchos casos de «fundamentales», como si se tratase de los que, con este carácter, reconoce nuestra CE. En este sentido, el artículo 1 se refiere a los «derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva», con impropiedad y sin especificar qué derechos fundamentales son estos ni cuál es su contenido.

Según el autor de referencia, La misma interrupción voluntaria del embarazo que se configura en el Proyecto, podría situarse en el reconocimiento de un derecho subjetivo del que es titular la mujer gestante, de manera que el *nasciturus* termina no siendo otra cosa que *parasmulieris*. Sin embargo, para él una manera de ver las cosas que apunte en esta dirección es rechazable, pues falta la medida en que el derecho excluya cualquier tipo de protección frente a las decisiones libérrimas. Entre los límites que el propio texto proyectado fija y el reconocimiento del derecho subjetivo hay alguna contradicción muy difícil de salvar.

Concluye Navarro Valls, la imposible integración del concepto jurídico indeterminado en cuanto a la expresión «enfermedad extremadamente grave e incurable» en el feto, empleada en el artículo 15.c) del Proyecto y en la que se residencia uno de los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas, –al menos, en su actual formulación normativa– no puede ser suplida por el criterio libre e ilimitado del Comité Clínico a que alude el mismo precepto.

A continuación, Navarro Valls en la revista hace un reproche a la inconstitucionalidad del mencionado proyecto de reforma del aborto. Así, para el mismo núcleo esencial del Proyecto está constituido por su Título Segundo, en el que se acomete la nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo⁷⁹, que pasa del vigente modelo de indicaciones a un «sistema de plazos». De acuerdo con éste, la IVE es del todo libre para la embarazada en las primeras semanas de gestación –concretamente, en las catorce primeras semanas–,

⁷⁹ En adelante, IVE.

introduciéndose, además, dos indicaciones, terapéutica y eugenésica, sustancialmente legatarias del régimen vigente, si bien con acogimiento de alguna diferencia.

Para el autor citado, no parece que la apuesta decidida que en el Proyecto se hace por el denominado «sistema de plazos» –cuya regulación se plasma en los arts. 12 y 14– sea acorde con la CE a la vista de la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril.

Para Navarro Valls, la dignidad de la persona, Art.10 CE, y derecho a la vida, Art.15 CE, son el punto de arranque, el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos, como así lo ha reconocido, por lo demás, nuestro Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia 53/1985, de 11 de abril, cuyos pronunciamientos son de obligada ponderación y que fueron emitidos como consecuencia del recurso previo de inconstitucionalidad presentado contra el proyecto de reforma del Código Penal, en la que el artículo 417 bis declaraba no punible el aborto en determinados supuestos.

Entonces el problema nuclear que se plantea el autor en relación con el aborto es el de la protección constitucional del *nasciturus*, esto es del concebido pero aún no nacido.⁸⁰

Para el mismo, si la CE protege la vida con la relevancia prevista en el artículo 15 no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que, no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma, por lo que la vida del *nasciturus*, en cuanto encarna un valor fundamental garantizado por el artículo 15, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.

Pero por otro, el Tribunal Constitucional recuerda que también la dignidad de la persona (en especial la condición femenina) es un valor jurídico fundamental consagrado por la CE, entendido como valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta

⁸⁰ En esa Sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que la vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas, no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, ética, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados. En todo caso, el Alto Tribunal sostuvo en su decisión que la vida es un devenir, un proceso que comienza en la gestación y que termina con la muerte; en otras palabras, es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el *status* jurídico público y privado del sujeto vital.

singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo el respeto correlativo por parte de los demás, lo que hace patente un conflicto de situaciones e intereses dignos de protección: la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, cuando entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, además, en un contexto que no tiene parangón con ningún otro, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de los bienes y derechos constitucionalmente en juego.

Concluye el autor, que por ello el intérprete constitucional se ve abocado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos⁸¹.

Para Navarro Valls **y en cuanto al sistema de «plazos»**, propuesto por el Proyecto, no parece que sea respetuoso con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la materia.

El artículo 12 del Proyecto, bajo la rúbrica «Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo», dispone: «Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación». Por su parte, el artículo 14 prescribe:

⁸¹ Los argumentos expuestos han sido reiterados con posterioridad por el Tribunal Constitucional. Así, en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 212/1996, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, se puede leer: «El artículo 15 de la CE reconoce, como es sabido, y entre otros, el derecho fundamental de todos a la vida. En relación con este fundamental derecho dictamos en su día una Sentencia de innegable trascendencia para la resolución del presente caso, la STC 53/1985, recaída en el entonces recurso previo de inconstitucionalidad sobre el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Todo ello hace muy conveniente el que este Tribunal parta aquí, de modo expreso, del recordatorio de algunas de las fundamentales afirmaciones entonces proclamadas». A su vez, la Sentencia 116/1999, de 17 de junio, afirma que «la condición constitucional del *nasciturus* se declaró en la STC 53/1985», siendo su doctrina, «en consecuencia, el marco constitucional desde el que procede enjuiciar los preceptos anteriormente enumerados».

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

- a) Que se haya entregado a la mujer embarazada información por escrito y en sobre cerrado, relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.
- b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, entre la entrega de la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención».

Los **reproches de inconstitucionalidad** que hace el autor a estas disposiciones son:

- La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 sólo admite la licitud constitucional de la despenalización del aborto en supuestos de grave conflicto de situaciones e intereses, acreedores de igual protección: cuando la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entre en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer., excluyéndose así un régimen de aborto libre por la simple voluntad de la embarazada y sin la concurrencia de situación alguna de grave conflicto.

Es más, para el autor de referencia la razón última de la justificación de la nueva Ley sería el *desideratum* de practicar un sexo seguro sin la secuela del correspondiente riesgo de embarazos no deseados, que impone un sacrificio desproporcionado entre los fines que pretende alcanzar y la destrucción de lo que la Sentencia de 1985 denomina «un bien constitucionalmente valioso», intentado de esta manera supeditar el bien constitucionalmente valioso a deseos o pretensiones de carácter tan personal no es constitucionalmente admisible⁸².

- El Tribunal Constitucional, en la Sentencia de continua referencia, recalca que la vida es un devenir, un proceso que comienza con la gestación y que termina con la muerte, determinando la gestación un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque

⁸² Sobre este discutible planteamiento, puede confrontarse LAURENZO, P., “Aborto y derecho a la sexualidad”, en *El Cronista*, núm. 7, octubre 2009, en especial págs. 28 y ss.

alojado en el seno de ésta⁸³. En la formulación de los artículos 12 y 14 del Proyecto parece subyacer la concepción del feto como una parte más del cuerpo de la mujer, sobre cuyo futuro ésta puede soberanamente decidir habiendo, alguna referencia de la Exposición de Motivos al derecho de la mujer a la «libre disposición de su cuerpo» que ahonda esta percepción.

– La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 se traduce en que el Estado tiene una doble obligación: la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma.

Concluye el autor que:

1.- el «sistema de plazos» por el que opta el Proyecto supondría la dejación, por el Estado, de los dos deberes reseñados anteriormente, singularmente, la protección efectiva de la vida del concebido y no nacido y

2.- la escasa contribución que a la certeza y normal funcionamiento del Estado de Derecho genera el impulso de iniciativas legislativas que, como en el supuesto que se examina, comprenden previsiones notoriamente alejadas de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional.

Hoy se está produciendo en la vida jurídica española un fenómeno curioso. Con demasiada frecuencia el legislador legisla bordeando o enfrentándose claramente a la Constitución, esperando –dice– que el TC haga una interpretación evolutiva *ex post*. Parafraseando a Ronald Dworkin⁸⁴, para el legislador español la Constitución de 1978 resultaría algo así «como una novela por entregas». Los autores de la del 78 habrían escrito el capítulo primero, y cada generación judicial –aguijoneado por un ejecutivo audaz– escribiría los siguientes, en una

⁸³ Planteamiento que, por lo demás, se halla adverbado por los últimos avances científicos, de incuestionable valor físico y empírico. A este respecto, ya la Resolución núm. 4376, de 4 de octubre de 1982, de la Asamblea del Consejo de Europa, señaló: *“La ciencia y el sentido común prueban que la vida humana comienza en el acto de la concepción y que, en este mismo momento, están presentes en potencia todas las propiedades biológicas y genéticas del ser humano”*.

⁸⁴ Cfr. B. Neuborne, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Madrid, 1995, págs. 59 y ss.

suerte de espiral de reivindicaciones infinitas, creando un espectáculo inédito de creatividad condicionada.

Ha ocurrido, por ejemplo, con la Ley de matrimonio entre personas del mismo sexo, con alguno de los Estatutos de Autonomía, con leyes bioéticas y, ahora, con ésta sobre prácticas abortivas. Ocurre, sin embargo, que en esta ocasión el legislador no se enfrenta con un texto constitucional más o menos ambiguo, que podría sugerir decisiones judiciales impredecibles, sino con un texto constitucional ya interpretado por el propio TC, precisamente la aludida Sentencia 53/1985, de 11 de abril. Por tanto, la observación de la Constitución desde el legislativo y el ejecutivo ha de ser a través del prisma de una interpretación judicial vinculante. Una interpretación –repetámoslo de nuevo– en la que debe hacer un balance de intereses en juego entre los deseos de la mujer y la vida del *nasciturus*. Si prescinde de esa ponderación, atendiendo solamente a uno de los dos intereses en colisión, lesiona el bien constitucional de la vida.

En cuanto a la indicación eugenésica, el mencionado autor expone en la revista reseñada que de acuerdo con el artículo 15 del Proyecto, la IVE por causas médicas exigirá la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, siempre que no se superen las veintidós semanas de gestación.
- b) El riesgo de graves anomalías en el feto, con análoga limitación temporal.
- c) La presencia de anomalías fetales incompatibles con la vida o la existencia de una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico.

Así, dice el autor citado que la legalidad constitucional del denominado «aborto eugenésico», fue fundada, básicamente, en la evidente insuficiencia –al tiempo de la emisión de la repetida Sentencia– de prestaciones estatales y sociales tendentes, de modo significativo, a paliar en el aspecto asistencial las situaciones que estos casos generan⁸⁵, sin embargo añade que el creciente desarrollo del Estado Social, singularmente sensible con la asistencia y atención a los discapacitados, hace que previsiones del tipo de la ahora analizada vean patentemente

⁸⁵ Cfr. Informe de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de 7 de julio de 1995 sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Interrupción Voluntaria del Embarazo, en *Anales Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, 2005, págs.937 y ss.

disminuida su justificación y proporcionalidad, no resultando difícil detectar una cierta contradicción entre las previsiones del Proyecto en este punto y la obligación que, a los poderes públicos, impone el artículo 4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en la medida que les reconoce el derecho a disfrutar, entre otros, de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto a su dignidad e intimidad.

En cuanto a la disposición final segunda del texto que se analiza, proyectaba modificar el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, suprimiendo la mención que en este precepto se hacía a la IVE y, en consecuencia, desvinculándola de la mayoría de edad. Bastaría tener dieciséis años cumplidos o estar emancipado para prestar el consentimiento directamente a una IVE, siempre que el menor no sea incapaz o esté incapacitado [ex art. 9.3.c) de la Ley 41/2002].

Para Navarro Valls, es jurídicamente objetable la medida aludida, ya que en la IVE a petición de la embarazada, no cabe hablar con propiedad de «paciente», en el sentido legal del concepto, y tampoco de prestación sanitaria ni por extensión, de consentimiento informado, ya que toda prestación sanitaria, para que realmente pueda ser calificada como tal, ha de estar dirigida a la consecución de uno de estos dos objetivos: la prevención de enfermedades o la promoción de la salud, lo cual es evidente si estamos a las previsiones contenidas en el artículo 7.1, inciso final, de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, a cuyo tenor: «Se consideran prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos»⁸⁶.

Con esto, cómo se ha dicho, la Ley que actualmente regula el aborto **es Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo**. Dicha Ley se expone ampliamente posteriormente en otro epígrafe.

3.4 OTROS PAÍSES EUROPEOS

Otro país a destacar, es **Holanda**, que por ser en este punto la más permisiva, la misma lo

⁸⁶ Cfr. también artículo 3.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y artículo 3 de la Ley 41/2002, de 4 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

permite hasta la 24ª semana.

En Italia no hay que justificar los motivos hasta transcurridos 90 días desde que se produce el embarazo.

Finlandia (1985) hasta la 20ª semana en caso de riesgo de salud y vida de la madre y menores de 17 años también. Hasta la 12ª semana para problemas de salud de la madre, económicos o sociales, de violación y semana 24 en caso de discapacidad del feto. Es gratis en los hospitales.

En Francia, Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Noruega, Suiza, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría y República Checa. Hasta 12ª semana (sin supuestos legales).

Esta lista respalda las demandas médicas catalanas de una ley común en la Unión Europea.

En cuanto a los países más restrictivos nos encontramos con **Irlanda** (solo en caso de riesgo vital), **Polonia** hasta la semana 12 en casos de riesgo para la salud de la mujer, violación, malformaciones del feto y sin limitación de tiempo si peligra la vida de la mujer.

Luxemburgo igual que Polonia excepto que lo autoriza para problemas socio-económicos.

En **Eslovenia y Portugal** hasta la 10ª semana y después con justificaciones y plazos (Sólo para Portugal). Los plazos en este último país son de hasta la semana 12 si hay riesgo para la salud de la mujer, hasta la 16 en caso de violación y hasta la 24 en caso de malformación.

Finalmente, las leyes sobre aborto menos restrictivas son aquellas que lo permiten sin que exista ninguna condición relacionada con la causa del mismo. Este tipo de legislación se encuentra en países que componen aproximadamente el 41,4% de la población mundial. En estos países, el acceso puede estar limitado por restricciones respecto a la edad de gestación, por requisitos de que terceras partes autoricen un aborto, o por períodos de espera. Algunos países con estas disposiciones son: **Canadá, Cuba, China, Estados Unidos, Francia, Hungría y Puerto Rico.**

En el **resto de países latinoamericanos** se puede abortar solamente con autorización del

médico y en los siguientes casos: riesgo a la integridad física de la mujer, enfermedad del feto, violación o condición socio-económica precaria.

Particular interés es el de la **COBERTURA SANITARIA EN EL ABORTO**.

En **Alemania, Francia y Bélgica** la sanidad asume parcialmente el coste.

En **Dinamarca, Italia, Noruega, Suecia, Suiza y Gran Bretaña**, es totalmente gratis. En **Grecia**, asume el costo la mujer., En **Austria** la mujer asume el costo (en caso del aborto libre) y la sanidad pública para los casos que son por indicación médica.

Con todo lo expuesto, se puede concluir este punto, resumiendo que en cuanto a las posturas doctrinales y las soluciones legislativas son variadas, pudiendo con estas últimas, a efectos sistemáticos, hacer tres grupos, que no suponen compartimentos estancos⁸⁷.

1º Posición minoritaria de países entre los que podemos citar algunos de América, como Chile, Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua y Surinam, que no admiten el aborto que es sancionado en todo caso.

2º Posición, muy extendida, de países, mayoritariamente americanos, Argentina, México, Colombia, Bolivia, en que se sigue el llamado sistema de indicaciones, despenalizando el aborto consensual, con determinados requisitos formales, por razones terapéuticas, (grave peligro para la vida o salud de las embarazadas), éticas (embarazo consecuencia de la violación), eugenésicas (probables taras físicas o psíquicas del feto), e incluso socio-económicos (número de hijos o penurias de la madre).

3º Por último, el llamado sistema de plazos, supone la autorización del aborto consensual, con más o menos requisitos formales, dentro de las primeras semanas del embarazo, siguiéndose en numerosos países, en su mayoría europeos.

Así en Francia, por Ley de 1975, se autorizó el aborto dentro de las diez primeras semanas del

⁸⁷ LUZÓN CUESTA, J.M. *"Compendio de derecho Especial. Parte Especial"*, op. cit., pág. 36.

embarazo, si bien, para evitar el “turismo abortivo”, se prohibió a las extranjeras no residentes, limitación inexistente en Inglaterra, considerada como paraíso de dicho turismo, donde la “Abortion Act” de 1967, autorizó la interrupción del embarazo dentro de las veintiocho primeras semanas, con indicaciones entre las que figura que se vea amenazado el bienestar de los hijos ya nacidos.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho histórico, puede decirse, con Monzón (“sobre la iniciación de la vida humana y su protección jurídica”), que triunfó plenamente el pensamiento de Tertuliano, que consideraba el aborto como un “homicidio apresurado”, digno de represión legal, reflejándose en las disposiciones de los Concilios de Llíberis, Gerona , Lérida y III de Toledo, y que su castigo se ha mantenido desde el Fuero Juzgo, con diferentes matizaciones, pese al transcurso de trece siglos y a los muchos avatares políticos sufridos por el país, hasta la adopción, por las Cortes, por escasísima diferencia de votos, del sistema de indicaciones, incorporando al Código entonces vigente el art. 417 bis, Texto Refundido 1973, que mantuvo el Código de 1995 hasta la L.O 2/2010, aprobada por las Cortes, también por muy reducida diferencia de votos, estableciendo un sistema de aborto libre, dentro de las primeras 14 semanas de gestación, a petición de la embarazada, con determinados requisitos formales, complementado con un sistema de indicaciones, recogiendo en el Código Penal con modificación del art. 445, adición del art. 445 bis y derogación del art. 417 bis del Código anterior (Texto Refundido 1973).

Respecto al referido art. 417 bis, recordar que tuvo su origen en el Anteproyecto de CP elaborado en 1979 y en cuya discusión Gimbernat propuso el sistema de los plazos, que fue rechazado por amplia mayoría, al contar solamente con el apoyo de Muñoz Conde y Quintero, aceptándose el de las indicaciones, por trece votos a favor y once en contra. Sin embargo tal solución no fue asumida por el Gobierno de UCD y no pasó al texto definitivo del Proyecto. En 1983, desglosado del Proyecto de reforma urgente y parcial del Código Penal, se tramitó el, impropriamente denominado, “proyecto de ley orgánica de reforma del art. 417 bis del C.P”, que alcanzó la definitiva aprobación por el Senado el 30-11 del mismo año. Sin embargo, no llegó a ser ley, al interponerse el entonces existente recurso previo de inconstitucionalidad, resuelto por la citada STC53/1985 de 11-4, en la que, aun considerando ajustado a la Constitución el sistema de las indicaciones, apreciaba falta de garantías en los casos de aborto terapéutico y eugenésico y daba las directrices precisas para adaptar dicho artículo a la Constitución.

Efectuados los retoques precisos, se promulgó la LO 9/1985 de 5-7, introduciendo así en nuestro Derecho, a través del cuestionado artículo, la no punición del aborto, con consentimiento expreso de la mujer embarazada y practicado por un médico o bajo su dirección, con diversos requisitos formales, en los mencionados supuestos: terapéutico (“grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada”) y eugenésico (presunción de que el feto ha de nacer con graves taras físicas o psíquicas”, limitado a las veintidós primeras semanas de gestación), así como un tercer supuesto, referido a las primeras doce semanas, si el embarazo era consecuencia de un delito, denunciado, de violación. Resultó así que, aceptada la constitucionalidad de dicha regulación, tales indicaciones, como destacaron, Carbonell y González Cussac, se configuraron como auténticas causas de justificación, fundamentadas en un conflicto de intereses, con la peculiaridad de que, a diferencia de lo que sucede en el estado de necesidad genérico, el legislador optó aquí por declarar expresamente los bienes que habían de prevalecer.

CAPITULO TERCERO

DERECHOS HUMANOS Y ABORTO. DIFERENTES POSTURAS.

1. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar más en profundidad y enumerar las posturas referidas, como introducción, y de manera general, decir que los oponentes al aborto llamados “pro-vida” exponen que “toda vida humana es intrínseca y extraordinariamente valiosa”. Las versiones extremas de esta doctrina, además, sostienen que todas las vidas humanas son igualmente y/o definitivamente valiosas. Así, la calidad de una vida humana no depende de una consideración apropiada de su valor. Todas las vidas humanas independientemente de su calidad, deben de ser consideradas igualmente valiosas. Creen que la vida del feto es igual en valor a la de otros humanos.⁸⁸

El debate sobre el aborto, sin embargo, se ha enfocado normalmente en la cuestión de si los fetos son o no personas propiamente dichas con derecho a la vida. El argumento más frecuente de los pro-elección es que los fetos no son personas y concluyen, por lo tanto, que no tienen derecho a la vida y que el aborto puede así, ser moralmente aceptable.⁸⁹

Ambas posiciones están de acuerdo que las “personas” tienen derecho a la vida, la discusión está en si los fetos son o no personas (se analiza más adelante).

⁸⁸ Crf. J. SELGELID, M. “¿El aborto para la prevención de las imperfecciones humanas?”. Revista de Filosofía núm. 31, 2004, pág. 119.

⁸⁹ Judith Jarvis Thomson, en defensa de una postura pro-elección, argumenta que el aborto debería algunas veces ser considerado moralmente permisible incluso si se asume que el feto es una persona con derecho a la vida. El derecho de una mujer a la autonomía pueden a veces superar un presunto derecho a la vida del feto, dice.

Para muchos autores el tema de que el debate se centre a menudo en esa cuestión y que la solución se reduzca a un simple “sí” o “no” es bastante desafortunado. Por ejemplo Dworkin o el mismo Michael J. Selgelid, aunque por diversas razones. Para el primero porque dice que no hay una respuesta negativa simple a la cuestión de si el feto es una persona o no, y cree que la controversia del aborto está relacionada con el tema de la santidad de la vida. El segundo autor lamenta el tema debido a un fuerte escepticismo sobre si hay una respuesta determinada “sí” o “no” a la cuestión de si el feto es o no persona.

Los derechos sexuales y reproductivos se encuentran protegidos por la legislación internacional referente a derechos humanos y por otros documentos de las Naciones Unidas.

Entre los principales instrumentos legales que los apoyan, se encuentran: Declaración Universal de derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), Pacto de Derechos Económicos y Sociales (1976), Convención Internacional para la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Convención sobre los Derechos del Niño (1990), Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Viena (1993), Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y desarrollo, El Cairo (1994), Programa de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing-Pekín (1995), Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

2. DERECHOS HUMANOS Y EL ACCESO AL ABORTO⁹⁰

Sobre esta cuestión es importante responder a la pregunta de si el aborto se considera el aborto como un tema de derechos humanos.

Voy a exponer las diferentes razones y motivos que se argumentan sobre tal postura, siempre desde la visión de sus defensores.

⁹⁰ En la mayoría de los países sigue habiendo restricciones legales para que las mujeres puedan abortar legalmente y de un modo seguro. Incluso donde se permite por ley tienen un acceso limitado a los servicios de aborto por causa de una falta de reglamentación, por servicios de salud inadecuados, o por falta de voluntad política. Al mismo tiempo, solamente una minoría de los países en el mundo prohíbe todo acceso al aborto. En la mayoría de los países, el aborto está permitido por lo menos como medio para salvar la vida de la mujer embarazada, o donde el embarazo es el resultado de violación o de incesto. Las organizaciones de las mujeres han luchado durante décadas por el derecho al acceso al aborto legal y seguro. El derecho internacional de los derechos humanos explicita cada vez más el fundamento legal de estas reivindicaciones.

Alegan, éstos, por tanto, que cuando el derecho de las mujeres a tomar decisiones autónomas con respecto al aborto está restringida queda amenazada una amplia gama de derechos humanos.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos y las interpretaciones directamente relevantes emitidas al respecto por Naciones Unidas les llevan a la conclusión que la mujer tiene el derecho a decidir en asuntos relacionados con el aborto. Varios derechos humanos corren riesgo cuando el acceso de las mujeres a los servicios de aborto legal y seguro está restringido.⁹¹

Opinan que las restricciones legales al aborto tienen un impacto devastador en el derecho a la vida de las mujeres. La evidencia está en que las leyes que restringen el aborto empujan a las mujeres a someterse a abortos inseguros además de morir a consecuencia de dichos abortos. Entre un 10 y un 15 por ciento de las muertes maternas a nivel mundial se atribuyen al aborto inseguro, una media de 70.000 muertes anuales que podrían haberse evitado.⁹²

El Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han insistido en la preocupación entre las leyes que restringen el aborto, el aborto clandestino y los riesgos para las vidas de las mujeres. Estos comités han recomendado la revisión o enmienda de las leyes que penalizan o restringen el aborto⁹³.

Algunos de los que se oponen al aborto seguro y legal argumentan que “el derecho a la vida” del feto debe ponerse por encima de los derechos humanos de las mujeres, en particular los derechos a la no discriminación y a la salud. Es más, algunos opositores se refieren al supuesto “derecho a la vida” del feto en los argumentos en contra del uso de anticonceptivos que actúan después de la fertilización, pero antes de que el óvulo fertilizado se implante en la pared uterina (es decir, lo que para los médicos indican el inicio del embarazo).

⁹¹ <http://www.hrw.org/legacy/background/americas/argentina0605/qna0605sp.htm> (Consultado el 6 de marzo de 2014)

⁹² “*Induced Abortion: Incidence and Trends World wide from 1995 to 2008*”(Aborto inducido: incidencia y tendencias mundiales de 1995 a 2008), por Gilda Sedgh investigación del Guttmacher Institute y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

⁹³ De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 21 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Comité puede hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. Esas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones de los Estados Partes, si las hubiere. Hasta la fecha el Comité ha adoptado un total de 25 recomendaciones generales.

La mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos guardan silencio respecto a cuándo comienza el derecho a la vida, pero por deducción parece que no tiene vigencia antes del nacimiento del ser.

Además, otra razón de peso, dice que si no hay acceso a un aborto legal y seguro ni a otros servicios de salud reproductiva (anticonceptivos, por ejemplo) habrá embarazos no deseados y se practicarán abortos inseguros. Ambas situaciones generan una serie de problemas claramente evitables para la salud física y mental de la mujer.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano de expertos de la ONU principal en la supervisión e interpretación del derecho a la salud. Este comité consistentemente ha afirmado⁹⁴ que el respeto por el derecho a la salud de las mujeres requiere la despenalización del aborto, por lo menos en ciertas circunstancias.

Algunos gobiernos buscan defender la negación del acceso al aborto desde una perspectiva de recursos, pero para los defensores de la práctica legal del aborto, este argumento no es justificable. La atención adecuada a las complicaciones producto de abortos inseguros es mucho más cara que la provisión de abortos médicamente seguros. Mientras que el aborto es un procedimiento de bajo costo, especialmente en las etapas tempranas del embarazo cuando se pueden usar técnicas de aspiración o farmacéuticas, el costo del cuidado de mujeres con complicaciones por abortos inseguros puede ser significativo.

Además consideran que las leyes que restringen el aborto afectan la salud de las mujeres de diferentes maneras, no sólo limitando su acceso a servicios de aborto seguros. Por ejemplo, el derecho a la salud es violado cuando se le niega a la mujer arbitrariamente el tratamiento necesario en caso de abortos incompletos o cuando se le otorga tratamiento sin entregársele paliativos para el dolor cuando estos medicamentos están disponibles.

Otro argumento que utilizan en su defensa es que el acceso a servicios de aborto legal y seguro es esencial para proteger los derechos de las mujeres a la no discriminación y a la igualdad

⁹⁴ Cfr. "Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos". Distrib. General. HRI/GEN /1/REV9 (VOL 1), 27 de mayo 2008.

sustantiva. En la práctica es más probable que sean las mujeres, y no los hombres, las que enfrenten las mayores dificultades y desventajas sociales en el ámbito económico y profesional, además de otros cambios que afectan su vida de facto, cuando tienen hijos. Cuando se obliga a las mujeres a continuar con embarazos no deseados, dichas consecuencias ponen necesariamente a las mujeres en situación de desventaja.

El aborto es un procedimiento clínico requerido sólo por mujeres. El Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha indicado que la denegación de procedimientos clínicos requeridos sólo por las mujeres es una forma de discriminación en su contra. Por tanto, en ciertos casos las leyes que restringen el aborto pueden, por sí mismas, constituir una violación del derecho a la no discriminación.⁹⁵

El Comité de Derechos Humanos de la ONU siempre ha establecido un vínculo claro entre la igualdad de las mujeres y el acceso a los servicios de salud reproductiva, incluyendo el aborto.⁹⁶ El derecho a la seguridad personal, incluyendo el derecho a la integridad física, es central para quienes relacionan el tema del aborto y los derechos humanos. Cuando un embarazo no es deseado y la ley requiere que la mujer lo continúe, implica, dicen, una intrusión gubernamental en el cuerpo de la mujer, violándose de este modo este derecho.⁹⁷

El Derecho a la libertad también se ve menoscabado en las sentencias con pena de cárcel⁹⁸ por abortos ilegales. Lo consideran un ataque a los derechos de la mujer, pues éstas sólo buscan satisfacer sus necesidades de salud.

⁹⁵ "Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos". Distrib. General. HRI/GEN /1/REV9 (VOL 1) 27 Mayo 2008. op. cit.,

⁹⁶ Vid. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada Dic. 18, 1979, art. 22, A.G. Res. 34/180, ONU AG, Sess.34, Supp. No. 46 en el 193, U.N. Doc. A/34/46, S.T.O.N.U. 13 (entro en vigor 3 sept.1981)

⁹⁷ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada Dic. 18, 1979, art. 22, A.G. Res. 34/180, ONU AG, Sess.34, Supp. No. 46 en el 193, U.N. Doc. A/34/46, S.T.O.N.U. 13 (entro en vigor 3 sept.1981). op. cit.,

⁹⁸ Por ejemplo en El Salvador donde el aborto está totalmente prohibido las mujeres y niñas declaradas culpables de interrumpir sus embarazos pueden ser condenadas a entre dos y ocho años de cárcel, aunque en algunos casos, cuando son acusadas de homicidio agravado, la pena puede llegar hasta los 50 años. "La represiva y desfasada prohibición total del aborto por parte del Gobierno está destrozando las vidas de mujeres y niñas en El Salvador, empujándolas a abortos inseguros y clandestinos u obligándolas a llevar a término peligrosos embarazos", denuncia Amnistía Internacional(AI) en un informe –"Al borde de la muerte: Violencia contra las mujeres y prohibición del aborto en El Salvador"- 25/09/2014 .Entre los años 2000 y 2011 unas «129 mujeres» han sido «denunciadas y procesadas por aborto y por homicidio vinculado a aborto», de las cuales «se encuentran en la cárcel 22», dijo recientemente el abogado Denis Muñoz, integrante de la Agrupación Ciudadana. El Salvador es uno de los cinco países de Latinoamérica, junto a Nicaragua, Honduras, República Dominicana y Chile, que

El derecho a la libertad también se ve amenazado cuando las mujeres son disuadidas de solicitar ayuda médica a causa del temor a ser denunciadas por llevar a cabo una acción ilícita.

En la Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación de la mujer (CEDAW) ya citada, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha exhortado a los gobiernos a revisar sus leyes para que suspendan los castigos y encarcelamientos de los que voluntariamente se someten a abortos.

Al igual que ocurre con el Derecho a la privacidad. Consideran que las decisiones sobre embarazos y maternidad son sumamente personales y son precisamente el tipo de interés que el derecho a la privacidad debe proteger. El derecho a la privacidad de la mujer embarazada le permite decidir si quiere tener un aborto. Ninguna mujer debe tomar esta decisión bajo la amenaza de que se le persiga legalmente.

El derecho a la privacidad también está amenazado cuando el personal de salud divulga información confidencial sobre mujeres que buscan tener un aborto o que necesitan atención post-aborto.

El Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer de la ONU ha clarificado que la divulgación de información confidencial de salud afecta a las mujeres de manera diferente que a los varones porque puede desalentar la mujer de buscar atención médica por un aborto incompleto⁹⁹. Esta atención es esencial, pues puede salvarle la vida. Del mismo modo, la mujer puede morir si no obtiene atención post-aborto.

La misma importancia le dan también al Derecho a la Información. En el derecho internacional de los derechos humanos¹⁰⁰, los Estados tienen una obligación de proveer la información

prohíben el aborto de manera absoluta. Ver más en <http://www.abc.es/internacional/20130727/abci-condenada-anos-carcel-salvador-201307271713.html> (Consultado el 5 de septiembre de 2014). En España, a pesar de que el aborto es un delito en caso de que no se cumplan los plazos y supuestos que marca actualmente la ley, lo cierto es que ninguna mujer ha ido a la cárcel en los últimos 25 años por abortar.

⁹⁹ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada Dic. 18, 1979, art. 22, A.G. Res. 34/180, ONU AG, Sess.34, Supp. No. 46 en el 193, U.N. Doc. A/34/46, S.T.O.N.U. 13 (entro en vigor 3 sept.1981). op. cit.

¹⁰⁰ *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*: Recomendación General no. 24: La mujer y la salud En la recomendación General No. 24, el comité de la CEDAW reafirma que el Artículo 12 de la CEDAW asegura el derecho de las mujeres a tener acceso a servicios de atención en salud, información y educación sobre la base de la igualdad con el hombre. El comité solicita a los Estados parte prestar especial atención a la educación

completa, correcta y necesaria para proteger y promover el derecho a la salud, incluyendo la salud reproductiva. Donde el aborto no está prohibido, esta información completa y correcta debe incluir información sobre las opciones disponibles de aborto seguro.

La denegación o restricción de información relacionada con el aborto puede, en ciertos casos, constituir discriminación.

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha indicado que las restricciones al acceso al aborto legal y seguro pueden llevar a situaciones que constituyen un trato cruel, inhumano o degradante.¹⁰¹ Estas situaciones incluyen el de forzar a una mujer embarazada a llevar a término un embarazo no deseado o riesgoso para su salud.

Además restringir el aborto puede conllevar a restricciones a la atención post-aborto. Estas restricciones también pueden ser incompatibles con el derecho a no ser sometido al trato cruel, inhumano y degradante, por ejemplo no dándole remedios para el dolor cuando estos

en salud para los y las adolescentes, incluida la información sobre métodos de planificación familiar; 20ª sesión de 1999, Doc. de la ONU A/54/38/rev.1 (1999), reimpresa en recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Doc. de la ONU HRI/GEN/1/rev.6 (2003), pág. 271. ; *Comité de los Derechos del niño*: En sus observaciones finales el comité también ha solicitado a los Estados parte fortalecer los programas existentes de educación de salud sexual y reproductiva, expresando preocupación por el hecho que algunos no la fomentan.; *Comité de Derechos humanos*: .Observaciones Generales .Observación General no. 28: igualdad de derechos entre hombres y mujeres. En la Observación General No. 28, el comité de derechos humanos interpreta el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, protegido por el Artículo 26, exigiendo que los Estados parte eliminen la discriminación contra la mujer perpetrada por personas tanto del entorno público como privado, incluida la educación y la provisión de servicios; *Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales*: Observaciones Generales observación General N o. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud; En la Observación General No. 14, el comité de derechos Económicos, sociales y culturales interpreta el derecho a la salud, protegido por el Artículo 12 del pacto de derechos Económicos, sociales y culturales, como un derecho inclusivo que “no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como (...) acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva; *Comité contra la tortura* :Observaciones finales. El comité contra la tortura ha recomendado al menos en una ocasión a un Estado parte ofrecer “mejor acceso a información y servicios de salud reproductiva, incluso para las y los adolescentes” y fortalecer los programas de planificación familiar como una manera de combatir los “actos que perjudican gravemente la salud de las mujeres”.

¹⁰¹ La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes es uno de los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y entró en vigor el 26 de junio de 1987, al haber sido alcanzado el número de ratificaciones necesario; Vid. *Comité contra la tortura*: Observaciones finales . El comité contra la tortura ha recomendado al menos en una ocasión a un Estado parte ofrecer “mejor acceso a información y servicios de salud reproductiva, incluso para las y los adolescentes” y fortalecer los programas de planificación familiar como una manera de combatir los “actos que perjudican gravemente la salud de las mujeres”; CEDAW: El Artículo 16 protege el derecho de las mujeres a decidir el número y el intervalo entre los nacimientos de sus hijos y a tener acceso a los medios y la información para hacerlo; *Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW son sus siglas en inglés), aprobada por Naciones Unidas en 1979 y ratificada por 187 países, el 96% de los existentes, entre ellos España, que la ratificó en 1984 y la publicó en el BOE el 21.04.1984.

medicamentos están disponibles. Este derecho también podría estar amenazado cuando se condiciona la atención médica post-aborto a que las mujeres proporcionen información para la prosecución penal.

En la misma línea, consideran que el derecho de las mujeres a decidir independientemente sobre el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos solo puede ser plenamente realizado cuando las mujeres tienen el derecho a decidir de manera autónoma si quieren llevar a término su embarazo sin interferencia del Estado.

Para que este derecho se cumpla, las mujeres también deben tener acceso a todos los métodos efectivos y seguros para controlar el tamaño de su familia, incluyendo el aborto como opción a los servicios de salud reproductiva.

El Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer ha reconocido que el aborto en ciertas circunstancias puede ser la única manera disponible para que una mujer pueda realizar su derecho a decidir independientemente sobre el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos. Sobre todo para situaciones donde la mujer está embarazada como resultado de violación y porque le falló su método de anticoncepción, o si no tiene acceso a servicios de planificación familiar.

Tampoco olvidan el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico aplicado a la salud reproductiva y a los derechos reproductivos. Este derecho puede estar amenazado cuando a la mujer se le niega acceso a tecnología y medicinas nuevas que son afectivas para el aborto seguro o para la atención humanizada post-aborto.

Este derecho también puede estar en riesgo cuando se le somete a las mujeres a atención post-aborto dolorosa (como por ejemplo el curetaje, raspado del útero de una mujer con un instrumento afilado) sin entregarle paliativos para el dolor cuando estos medicamentos están disponibles.

Y por último, no se olvidan del Derecho a la libertad religiosa y de conciencia, afirmando que la fe religiosa es un asunto sumamente personal, como lo es el aborto.

Con respecto al aborto, no se puede obligar a que las mujeres cumplan con leyes basadas exclusiva o principalmente en doctrinas de fe. Éste es el caso de muchas de las leyes que restringen el aborto. Del mismo modo, donde el aborto es legal no se les debe obligar a tener un aborto a las mujeres que no consientan debidamente al procedimiento, que sea por razones religiosas o de otra índole.

La libertad religiosa y de conciencia muchas veces es usado por médicos y otro personal de salud que se oponen al aborto cuando invocan su “objeción de conciencia” a la provisión de ciertos servicios, sobre todo abortos. Este punto se analizará más adelante en otro epígrafe.

El Comité de la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha manifestado explícitamente que los derechos humanos de las mujeres son vulnerados cuando los hospitales se niegan a proveer abortos a causa de la objeción de conciencia de los médicos. El Comité ha expresado su preocupación por el limitado acceso que tienen las mujeres al aborto debido a esta misma razón. El Comité también ha recomendado expresamente que los hospitales públicos provean servicios de aborto en el contexto del aborto legal.¹⁰²

3. REPRESENTACIONES FEMINISTAS QUE PROTEGEN LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

Tanto a nivel nacional como internacional, hay multitud de asociaciones que entre otras cuestiones protegen los derechos de las mujeres, contribuyendo al fortalecimiento de los derechos humanos de la mujer, niñez y adolescencia a través de ejecución de programas incidencia, promoción defensa pública, prevención de la violencia de género, sensibilización, formación etc.

A nivel Nacional, tenemos, por ejemplo, La Alianza por la Solidaridad¹⁰³, que proclama que el pleno ejercicio de derechos por parte de las mujeres es una cuestión de democracia y de justicia y que el desarrollo, tanto de cada persona como de la sociedad en su conjunto, sólo es posible si existe igualdad entre mujeres y hombres. Por esta razón, dicha organización centra

¹⁰² CEDAW: El Artículo 12 protege el derecho de las mujeres a la salud y exige que los Estados Parte eliminen la discriminación contra la mujer en las áreas de atención de salud, incluida tanto la atención de salud reproductiva, como los servicios de planificación familiar.

¹⁰³ ONG “La Alianza por la Solidaridad”. (www.alianzaporlasolidaridad.org)

todo su conocimiento, experiencia y creatividad en defender y avanzar en los derechos de las mujeres. También, como una de sus líneas de trabajo dicen que “Los derechos humanos empiezan desde nuestros cuerpos”. Afirman también que el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, nuestra sexualidad y nuestra reproducción constituye uno de los derechos humanos más fundamentales, pero lejos de ser garantizado para todas las mujeres siguen muriendo muchas mujeres diariamente por causas prevenibles durante el embarazo y el parto y debido a abortos inseguros, la inmensa mayoría en países donde el acceso a abortos legales y seguros está penalizado por ley. Añade dicha organización que la desigualdad y la discriminación limitan el control y la capacidad de decisión que tienen las mujeres sobre su propio cuerpo. Las mujeres y las niñas son quienes padecen en mayor medida de problemas de salud sexual y reproductiva y cuyos derechos sexuales y reproductivos son violados con mayor frecuencia, trabajando para que las mujeres puedan tomar sus propias decisiones respecto a su cuerpo sin sufrir discriminación, amenazas o violencia.

También a nivel nacional está la Federación de Planificación Familiar¹⁰⁴, que proclama unos valores y derechos muy similares a la anterior. Se definen como una organización no gubernamental formada por un grupo de asociaciones e individuos que creen en el libre ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de la población. Llevan trabajando desde 1987 con programas de educación y atención directa, al tiempo que defienden cambios políticos y legislativos.

Y por último, de aquí, de España, referenciar a RIS (RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN)¹⁰⁵, como una organización no gubernamental, independiente, formada por juristas especializados en Derecho internacional cuyo objetivo principal, dicen ser la promoción y defensa de los derechos y libertades civiles a través de un uso eficaz del Derecho internacional de los derechos humanos y de los mecanismos nacionales e internacionales de protección.

A nivel Europeo e internacional, como ejemplos encontramos European NGOs for Sexual and Reproductive Health and Rights¹⁰⁶, se encuentra en Bruselas, no solo trabaja a nivel europeo, sino también mundial. EuroNGOs es una red europea dedicada a promover el acceso universal

¹⁰⁴ ONG “Federación de Planificación Familiar Estatal (FPFE)” <http://www.fpfe.org>

¹⁰⁵ ONG “Rights International Spain (RIS)” <http://www.rightsinternationalspain.org>

¹⁰⁶ ONG “The European NGOs for Sexual and Reproductive Health and Rights, Population and Development” <http://www.eurongos.org>

a la salud y los derechos sexuales y reproductivos en todo el mundo mediante la participación en debates clave que configuran la cooperación al desarrollo y otras políticas globales a nivel europeo e internacional. Son una red de miembros de organizaciones no gubernamentales que trabajan en la salud sexual y reproductiva y los derechos en 22 países europeos, colaborando estrechamente con una amplia gama de socios en todo el mundo. Trabajan por la convocatoria y la creación de redes, generando y compartiendo la información y el conocimiento, el fortalecimiento de capacidades y la promoción de acciones de incidencia colectiva.

Otra organización a nivel internacional es el Centro de Derechos Reproductivo (Human RightWatch)¹⁰⁷ con oficina principal en Nueva York y otra en Colombia, que utiliza herramientas legales para promover la autonomía reproductiva como un derecho humano fundamental que todos los gobiernos están legalmente obligados a proteger, respetar y garantizar. Han reforzado leyes y políticas públicas en más de 50 países. Se definen como la única organización global de defensa legal dedicada a los derechos reproductivos, experta tanto en el derecho constitucional estadounidense como en el derecho internacional de los derechos humanos.

Y por último dentro de estas organizaciones internacionales está la Asociación para los Derechos de la Mujer y el Desarrollo (AWID)¹⁰⁸ es una organización de afiliación internacional que vincula, informa y moviliza a personas y organizaciones que están comprometidas con el logro de la igualdad de género, el desarrollo sostenible y los derechos humanos de las mujeres. La misión de AWID es poner en contacto, informar y movilizar a personas y organizaciones comprometidas con alcanzar la igualdad de género, el desarrollo sostenible y los derechos humanos de las mujeres.

4. AMNISTÍA INTERNACIONAL

Amnistía Internacional se define como un movimiento de personas que han decidido tomarse la lucha contra las injusticias como algo personal.¹⁰⁹

¹⁰⁷ ONG “Centro de Derechos Reproductivos” <http://www.reproductiverights.org/es>

¹⁰⁸ ONG “Asociación para los Derechos de la Mujer y el Desarrollo (AWID)” <http://www.awid.org>

¹⁰⁹ ONG “Amnistía Internacional” <http://www.es.amnesty.org>

Son una organización no gubernamental (ONG) internacional, presente en casi todos los países del mundo, con más de 7 millones de socios, socias, activistas y simpatizantes. En España son más de 72.000 socios y socias, con miles de activistas y simpatizantes. Su labor se centra en combatir los abusos contra los derechos humanos de víctimas con nombre y apellido a través de la investigación, la denuncia pública y el activismo.

Son una organización que oponen resistencia a las injusticias y piden responsabilidades por sus acciones a los Gobiernos, empresas, grupos armados, etc., ya sea en un conflicto de gran repercusión pública o en un rincón olvidado del planeta.

Son independientes de todo Gobierno, ideología política, interés económico o credo religioso. No aceptan financiación de Gobiernos. Su trabajo es posible gracias al compromiso y la solidaridad de muchas personas: socios, socias y donantes en todo el mundo.

Su visión es la de un mundo en el que todas las personas disfrutan de todos los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en otras normas internacionales.

Amnistía Internacional lanza la campaña “Mi Cuerpo, Mis Derechos” mediante la cual exige a los gobiernos que pongan fin al uso ilegítimo de la legislación penal para controlar la sexualidad y la reproducción. La organización pide a los gobiernos que reformen sus leyes y prácticas para garantizar que se respetan, protegen y hacen efectivos los derechos sexuales y reproductivos de todas las personas.

5. NACIONES UNIDAS

La actividad del interior de Naciones Unidas sale poco en los medios, a pesar de ser pública. Con respecto a las propuestas en torno al aborto, incluso se está planeando calificarlo como “derecho humano”.

La búsqueda de la legalización internacional del aborto hoy toma otro cauce, ya no se argumenta desde el derecho a decidir por parte de la mujer (esfera subjetiva) sino que se desplaza al ámbito de la salud, se tutela la tutela el derecho de las mujeres a la salud.

La Secretaría de la ONU emitió un informe del Consejo de Derechos Humanos¹¹⁰, en el que exhorta a todas las naciones a aceptar que debe otorgarse a mujeres y niñas el acceso al aborto legal, para que ellas puedan disfrutar plenamente sus derechos humanos.

El documento tiene como objetivo vincular el aborto voluntario con el derecho fundamental a la salud física y mental.

Recientemente, al Comité de Derechos Humanos redactó un informe¹¹¹ donde expresa sus preocupaciones por las propuestas de reforma de la Ley Orgánica núm. 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en particular la propuesta de ley que se presentó en febrero de 2015, que pretendía exigir el consentimiento expreso de los representantes legales para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente, ya que para el mismo dicha reforma podría aumentar los abortos ilegales y poner en riesgo la vida y la salud de las mujeres en el Estado parte (arts. 3, 7 y 6).

El Estado parte debe asegurar que todas las mujeres y niñas puedan acceder a los servicios de salud reproductiva en todas las regiones del país y que las barreras legales no obliguen a las mujeres a recurrir al aborto clandestino que pone su vida y su salud en riesgo. También debe continuar sus esfuerzos en los programas de educación de carácter formal (en las escuelas) e informal (a través de los medios de difusión y otras formas de comunicación) sobre la

¹¹⁰ Sesión 66ª 3 de agosto de 2011. pág. 5. Vid. http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/254 Este informe fue elaborado por el Relator Especial de la ONU Anand Grover, y presentado ante la Asamblea General de la ONU por el Secretario General, Ban Ki-moon. Según Grover, las leyes penales que sancionan y restringen el aborto inducido son ejemplos paradigmáticos de barreras inaceptables para la realización del derecho de las mujeres a la salud y deben ser eliminadas. La propuesta del funcionario de la ONU, afirma que no es suficiente despenalizar el aborto, sino que los gobiernos de los países deben respaldar las condiciones para abortar, como clínicas especializadas con personal capacitado y garantizar que se dispone de lo más nuevo y seguro en medicamentos y en equipamiento. También Grover sostiene que el aborto es necesario para la "salud mental". Por una parte, afirma que "se encuentra bien documentado el impacto psicológico de la búsqueda de un aborto ilegal o de llevar a término un embarazo no deseado", pero por otra, sostiene que "ninguna evidencia correspondiente respalda la existencia de una secuela de salud mental a largo plazo como consecuencia del aborto optativo". Es ésta una cuestión irónica, ¿acaso está demostrado que el aborto, por el hecho de ser voluntario, no deja secuelas psicológicas? Entonces, ¿por qué los expertos norteamericanos en psiquiatría hablan de un "síndrome post aborto" referido al "electiveabortion" que se ha convertido en un problema de salud pública?

¹¹¹ Vid. Comité de Derechos Humanos "Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España" (20 de julio de 2015) pág. 4, disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/ESP/CCPR_C_ESP_CO_6_21188_S.docx

importancia del uso de anticonceptivos y los derechos en materia de salud sexual y reproductiva, y asegurar su aplicación.

Sin embargo, el 22 de Septiembre de 2015, se publicó la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, la cual suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, sin informar siquiera a sus progenitores. De este modo, para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad será preciso, además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad, suprimiendo así el apartado 4 del artículo 13 de Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo que extendió la capacidad de otorgar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de 16 y 17 años, equiparándolas al régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad, que está establecido en el Código y que va a ser objeto de estudio en el último capítulo de esta tesis.

6. OTROS PROGRAMAS E INFORMES

Me parece apropiado incluir también una referencia breve al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población Y desarrollo (CIPD) de Naciones Unidas, firmado en 1994 en El Cairo por 179 países. Conforme a él, en los últimos años muchos países han desarrollado y aprobado diferentes estrategias, políticas y documentos programáticos relativos a la salud reproductiva en los que se incluía el poder elegir sobre su vida reproductiva y el acceso a los servicios en los que se realizan interrupciones voluntarias del embarazo. De los 52 países miembros de la OMS, todos excepto Malta, que expresó algunas reservas, acordaron que: «En ningún caso se promoverá el aborto como método de planificación familiar. Todos los gobiernos y organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales deben reforzar su compromiso a favor de la salud de las mujeres a fin de tratar el aborto inseguro como problema de salud pública y de reducir la tasa de abortos mediante la creación de nuevos servicios de planificación familiar. La prevención de embarazos no deseados debe ser siempre un área prioritaria y deben llevarse a cabo las acciones necesarias para reducir el número de abortos. Cualquier mujer que se enfrente a un embarazo no deseado debe tener acceso rápido a una información veraz y a asesoramiento profesional. Cualquier medida o cambio relativo a la

interrupción voluntaria del embarazo dentro del sistema sanitario, debe ser determinado a nivel local o nacional de acuerdo con el procedimiento legislativo vigente a nivel estatal. En las circunstancias en las que el aborto sea legal, éste deberá practicarse en condiciones de seguridad. En todos los casos, las mujeres deben tener acceso a servicios de calidad que permitan el manejo de cualquier complicación a causa de la interrupción del embarazo. El asesoramiento posterior al aborto y los servicios de educación y planificación familiar, deben ofrecerse inmediatamente como medida que ayudará a evitar el aborto de repetición»¹¹²

Hay otro informe interesante de la ONU dónde al emitir una histórica resolución sobre mujer, paz y seguridad, El Consejo de Seguridad De la ONU, rechazó la pretensión de que las víctimas de violaciones en tiempo de guerra tuvieran derecho al aborto.¹¹³

Según indicó la organización pro-vida C-Farm en su resolución 2016 (2013), adoptada el 24 de junio de 2013, la ONU rechazó cualquier medida que pretendiese legitimar el aborto y la píldora del día después en los países miembros.

El Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, Ban Ki-moon, realizó un informe a inicios de 2013, asegurando que el aborto y la píldora del día siguiente son un “componente integral” de cualquier respuesta a la violencia sexual en situaciones de conflicto.

Sin embargo, el Consejo de Seguridad de la ONU simplemente “tomó nota del análisis y recomendaciones contenidas” en su reporte, rechazando diplomáticamente sus sugerencias. La resolución aprobada por el Consejo de Seguridad está centrada en la prevención y atención de la violencia sexual en situaciones de conflicto, el cual alcanza a mujeres y niños en campamentos de refugiados.

Algunas delegaciones promotoras del aborto ante la ONU protestaron por el rechazo al aborto como derecho humano. La delegada de Francia alegó que por qué se seguían discutiendo los derechos sexuales y reproductivos de las víctimas de la violencia sexual, mientras que en los

¹¹² Revista Europea sobre salud sexual y reproductiva núm. 59-2005.Pag.4.*Entre Nous*es una publicación del Programa de Investigación y Salud Reproductiva. Oficina Regional Europea de la OMS.

¹¹³ Disponible en: <https://www.aciprensa.com/noticias/onu-reconoce-que-el-aborto-no-es-derecho-humano-21523/> (Consultado el 16 de junio de 2014)

países nórdicos se demandó “crucial” la disponibilidad del aborto y de la píldora del día después en situaciones de conflicto.

7. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS)

La Organización Mundial de Salud relaciona la despenalización del aborto con el derecho de las mujeres a no ser sometidas a tratos crueles, inhumanos o denigrantes, en definitiva con la prohibición general de la tortura.

En la Sesión Especial de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1999, en referencia al seguimiento realizado transcurridos cinco años desde la conferencia de El Cairo, los gobiernos acordaron que: «...en la circunstancias en que la interrupción voluntaria del embarazo no sea ilegal, los sistemas sanitarios deberían formar y dotar adecuadamente a los equipos de los servicios de salud y tomar las medidas necesarias para asegurar que los abortos sean seguros y accesibles. También deberían tomarse medidas adicionales para proteger la salud de las mujeres».¹¹⁴

Durante más de tres décadas, la OMS ha apoyado a los gobiernos, agencias internacionales y organizaciones no gubernamentales en el desarrollo de normas y niveles mínimos para la planificación y oferta de servicios. En 2003, la OMS distribuyó una publicación sobre el aborto seguro, una guía técnica y política sobre muchas de las acciones que pueden ponerse en marcha para asegurar el acceso a servicios de calidad donde se oferten interrupciones voluntarias del embarazo cuando esté permitido por la ley. Esta publicación está disponible en inglés, francés, polaco, portugués, ruso y español.

Esta guía sobre el aborto seguro ha sido distribuida a todos los ministerios de sanidad de Europa y a las agencias internacionales más importantes, asociaciones profesionales y organizaciones no gubernamentales, y también está disponible en internet. Sin embargo, la publicación de guías actualizadas y basadas en la evidencia no es suficiente para mejorar la salud reproductiva de la población. Es su implantación el elemento crucial para que tengan éxito.

¹¹⁴ Revista Europea sobre Salud Sexual y reproductiva “*Entrenous*”, número 59, 2005. pág. 5.

La OMS ha apoyado a los estados miembros que han incluido la salud reproductiva como una de las prioridades de salud en sus países y que han compartido experiencias como Rumania, Mongolia y otros países, combinando estrategias de evaluación y el desarrollo de programas de salud reproductiva a nivel nacional.

Estas estrategias, como forma de mejorarlos servicios de salud reproductiva, están siendo también consideradas por países como Letonia, Lituania, Moldavia, Federación Rusa y Ucrania, entre otros. En la actualidad la Federación Rusa, con el apoyo del Programa de Investigación y Salud Reproductiva de la Oficina Regional de la OMS, está desarrollando líneas y pautas de actuación de ámbito nacional aplicables a las interrupciones voluntarias del embarazo, aunque dicen que aún queda mucho por hacer en Europa para alcanzar el punto en el que ninguna mujer muera o tenga graves complicaciones de salud debido a un aborto y que dar los pasos necesarios para proteger la salud de las mujeres y alcanzar objetivos comunes, requiere unificar esfuerzos políticos, profesionales, de organizaciones no gubernamentales y de la comunidad en general.

8. OTRAS OPINIONES Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Hay una reflexión sobre el tema que hace GONZÁLEZ MARSAL sobre dónde se podría situar el aborto, es decir, dice que si el aborto está más allá de la salud sexual y reproductiva de la mujer, tendría que encontrar reconocimiento en algún texto de Derecho Internacional sobre igualdad de oportunidades para ambos sexos y ejercicio de los derechos humanos por la mujer.¹¹⁵

Sobre esto dice que viendo, por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, en todo su articulado no se encuentra mención alguna al aborto, únicamente al compromiso asumido por los estados para asegurar a la mujer “la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia” (art. 10), es decir, sobre los métodos de control de la propia fecundidad. ¿Podría considerarse el aborto un método de planificación familiar? La ONU, tanto en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994 como en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995, ha afirmado rotundamente que “en ningún caso se debe promover el aborto como

¹¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ MARSAL, C. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 10. 2009 .pág. 285-329.

método de planificación de la familia”.¹¹⁶

Continúa diciendo que partiendo de la Convención no puede hablarse del aborto como derecho, sino más bien al contrario, en aras de la eliminación de la discriminación contra la mujer se promueven “medidas especiales (...) encaminadas a proteger la maternidad” (art. 4.2), teniendo en cuenta “la maternidad como función social” (art. 5.b). Los estados llegan incluso a garantizar a la mujer “servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia” (art. 12.2). La maternidad se protege hasta tal punto que los poderes públicos se comprometen a garantizar los alimentos de la mujer durante todo el embarazo. Lejos de configurar el aborto como un derecho la Convención trata del *valor de la maternidad* y garantiza su ejercicio por la mujer sin que pueda ser sometida a discriminación por ello. La convención crea un Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer¹¹⁷ (CEDAW) “con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención” (art. 17.1). Merece la pena recordar que los órganos de vigilancia de los tratados internacionales no pueden crear derecho u obligación alguna que no haya sido libremente acordada por los estados parte, pues toda interpretación de los tratados por parte de estos comités que incluya un nuevo derecho u obligación no recogido expresamente en el texto viola los principios de soberanía y libre consentimiento de los estados. Por ello, aunque el CEDAW siga una estrategia de reinterpretación del término *salud reproductiva*, alejándolo de su sentido originalmente acordado, para presionar a los estados en orden a conseguir la legalización del aborto a petición, sus recomendaciones en esta línea no son admisibles, ni mucho menos suponen obligación para los estados parte. Este comité siguiendo la Convención debería centrarse, por un lado, en difundir el conocimiento sobre el control de la fertilidad de la pareja humana para que las mujeres puedan decidir acerca de su fecundidad, y por otro, en el cumplimiento de la obligación de los estados de apoyar gratuitamente a la mujer durante el embarazo.

Si el aborto como pretendido derecho no se desprende ni de la salud sexual y reproductiva, ni del ejercicio de los derechos humanos por parte de la mujer, ¿dónde encontraría amparo legal? ¿Existe texto internacional alguno que lo reconozca? O por el contrario, ¿será que tiene

¹¹⁶ Plataforma de Acción de Beijing, párrafo 106.k).

¹¹⁷ Del inglés Committee on the Elimination of Discrimination Against Women.

derechos el concebido no nacido? ¿O se le protegerá al menos de alguna manera? .La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconoce que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (art. 3). Al reconocerlos en este orden, el derecho a la vida es considerado por las Naciones Unidas como el primero y base de todos los demás derechos. Sólo si el estado garantiza el derecho a la vida cobran significado los derechos de libertad y seguridad de la persona. El origen de todos los derechos reside en la propia dignidad humana, irrenunciable en cualquier filosofía o ideología.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que “todo ser humano tiene el derecho inherente a la vida. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie será privado arbitrariamente de su vida” (art. 6). El derecho a la vida es el único expresamente reconocido en este convenio como *inherente* a todo ser humano y por eso se afirma que “no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez” (art. 6). ¿Por qué a una mujer condenada a muerte sólo se le puede ejecutar si no está embarazada? ¿Por qué es relevante su estado de gestación?

En los trabajos preparatorios del pacto queda claro que la principal razón es salvar la vida del niño inocente no nacido, una vida humana digna de protección. He aquí el reconocimiento internacional de que los derechos humanos de los que somos titulares “todos los miembros de la familia humana” (preámbulo DUDH) deben ser disfrutados también por los no nacidos, y concretamente de que al niño *prenacido* se le debe dar la oportunidad de vivir y nacer, a pesar de que su madre —quien actualmente le lleva dentro— haya sido condenada a muerte. En 1984 se reitera en las Naciones Unidas que la pena de muerte no se ejecutará “en el caso de mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente”.¹¹⁸ El recién nacido necesita a su madre y por eso ésta no será ejecutada. De la misma manera al prohibir la ejecución de la embarazada se está reconociendo absolutamente que el concebido merece seguir viviendo y nacer y como para ello resulta necesaria la supervivencia de su madre, el cumplimiento de la pena de muerte cede frente a la protección de la vida del no nacido. Más de dos décadas después del pacto nos encontramos con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que define al niño como “todo ser humano menor de dieciocho años” (art. 1), afirma que “todo niño tiene el derecho

¹¹⁸ Art. 3 Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, de 25/05/1984.

intrínseco a la vida” y reconoce la obligación de los estados de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (art. 6), siendo en todo caso el interés superior del menor una “consideración primordial” (art. 3.1).

Al establecer el concepto de niño sólo con el límite máximo de los dieciocho años, sin referirse al momento inicial, sin indicar ni el nacimiento, ni la concepción, ni momento alguno del desarrollo prenatal, parece que el debate en torno al aborto quedara abierto, que la protección del niño antes de su nacimiento fuera una cuestión a determinar por cada estado. Sin embargo, si acudimos al preámbulo vemos que se tiene presente que “el niño, debido a su inmadurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluyendo la apropiada atención legal, tanto antes como después de nacer”. Aquí se reconoce que el niño existe antes y después del nacimiento y como tal debe ser protegido desde el inicio de su existencia. El nasciturus es titular de la vida humana aunque en la mayoría de las legislaciones nacionales no se le dote de personalidad jurídica: es titular de la vida humana, aunque no se le quiera reconocer la titularidad del derecho a la vida. Sin embargo la Convención, al concretar que ciertos derechos del niño sólo pueden ejercerse desde el nacimiento¹⁴, da a entender que los demás deben garantizarse *tanto antes como después de nacer*. ¿Y cómo se concreta esta protección legal de la vida del niño no nacido? Cuando se debatía este aspecto del preámbulo hubo varias delegaciones que lo apoyaron precisamente porque ofrecía protección al no nacido. Otras, por el contrario, se opusieron porque entendían que suponía reabrir el debate en el controvertido tema del aborto, que ya había sido discutido en los grupos de trabajo sin haberse logrado acuerdo. El hecho es que con un pequeño cambio en las palabras —utilizando la expresión “teniendo presente” en vez de “reconociendo”— finalmente se aprobó la referencia a la protección del niño antes y después del nacimiento.

Al reconocer el derecho a la vida como anterior a todos los demás derechos y presupuesto para el disfrute de los mismos, considerar que el no nacido es inocente de los delitos cometidos por su madre y que por ello no se puede ejecutar a una mujer embarazada, y al tener presente que el niño antes de nacer necesita protección y atención legal, resulta manifiesto que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en los que España es parte protegen al no nacido y no amparan el aborto.

Después de analizar si los textos internacionales examinados dan o no amparo al aborto,

también habría que indagar si las tesis proabortistas tienen fundamento constitucional en que apoyarse o, por el contrario, carecen de tal fundamento o apoyo. Así, Fernando Díaz Moreno, parte de las siguientes ideas como motivo para la protección del *nasciturus*.¹¹⁹

LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO

Los defensores del aborto parten siempre de la idea de que el *nasciturus* es un bien jurídico, merecedor de protección jurídica incluida la constitucional aunque en los términos que se explican a continuación.

Esta protección se derivaría primero de la que le otorga a la madre según el artículo 39.2¹²⁰ de la Constitución española, o bien de los derechos fundamentales de la mujer a la integridad corporal (art. 15), a la libertad personal (art. 17) y a la salud (art. 43).

Con esto, la vida del *nasciturus* estaría protegida frente a terceros, pero no frente a la madre, pues de ella derivan las garantías y el considerar que el delito de aborto no consentido esté justificado.

LA TESIS DE LA VALORACIÓN SOCIAL

Fundamento éste independiente de la madre, fundado en el principio de dignidad de la persona, incluyendo aquí al no nacido ya que constituye, dicen los defensores de ello, la vida plena. Iría incrementándose a medida que ese ser tuviera más capacidad para vivir independientemente.

No es que el *nasciturus* sea portador de dignidad humana, sino que al ser una idea reconocida socialmente, obliga al legislador a reconocer la vida de éste.

LA COMUNIDAD COMO TITULAR DEL BIEN JURÍDICO

¹¹⁹ Vid. DÍEZ MORENO, F.: *"El aborto desde la perspectiva constitucional española": "Religión, matrimonio y derecho ante el s.XXI"* Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls, vol. II, Iuste, 2013, pág. 3259 y ss.

¹²⁰ Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

Se precisa aquí la tesis de la vida del nasciturus como bien jurídico. En definitiva la titularidad de ese bien no correspondería ni a la madre ni al nasciturus, sino a la comunidad, a través de los legisladores. Ella es la que determinaría el grado de protección.

EL CONFLICTO DE INTERESES

Que surge de la protección de un bien jurídico con la protección de otros bienes jurídicos.

En este caso, la vida del nasciturus con la libertad de la madre que no desea el embarazo, su intimidad, derecho a la vida, a la salud de la madre o al derecho del libre desarrollo de la personalidad de ésta.

Dicen los defensores del aborto, que el legislador debe pronunciarse a favor de estos últimos pues son el contenido de derechos fundamentales, mientras que la vida del nasciturus es un bien jurídico derivado de la dignidad humana.

Fernando Díez Moreno, después de exponer estos fundamentos, expone los motivos contrarios, a su parecer.

LA VIDA (DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN) ES ALGO MAS QUE UN BIEN JURÍDICO

Por lo que no puede ser objeto de limitación. Si hay que calificarla jurídico-constitucionalmente, sería como el primero de los derechos fundamentales, ya que se regula en primer lugar, y, además, es presupuesto básico de la existencia y ejercicio de los demás derechos, dice el autor.

LAS GARANTÍAS DE PROTECCIÓN NO PUEDEN ENCONTRARSE FUERA DEL PROPIO SER.

No es inconstitucional apoyar la protección de la vida del no nacido en el derecho de la madre a la protección integral (art. 39.2) siempre que se reconozca, primero, que no es el fundamento principal, sino uno de lo de “a mayor abundamiento”¹²¹, y, segundo, que el derecho fundamental a la vida, incluido el del no nacido, lleva en sí mismo todo lo necesario para su

¹²¹ DÍEZ MORENO, F. “El aborto desde la perspectiva constitucional española”: “Religión, matrimonio y derecho ante el s.XXI”, Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls, op. cit., pág. 3262.

defensa y protección.

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO NO PUEDE DERIVAR DE OTROS DERECHO FUNDAMENTALES DE LA MADRE.

Pues no se puede decir que derivan de ellos y a la vez, declarar que estos derechos prevalecen sobre la vida del no nacido hasta el punto de que cede ante ellos y que puede suprimirse en caso de conflicto.

En caso de conflicto, la alternativa de suprimir absolutamente uno de esos derechos no sería una solución jurídica, sino una solución de fuerza, dice Díez moreno.

Y aún en el caso de que la protección del derecho a la vida del no nacido, sólo pudiera fundamentarse en los derechos de la madre, ésta sería la depositaria de unos derechos también de garantía constitucional, por lo que no puede disponer de ellos.

El derecho a la vida no puede tener su origen en otra persona, sino en la naturaleza humana.

EL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA

Utilizan este argumento entendiéndolo como valoración social existente por consenso en una circunstancia histórica determinada, lo que permite a los representantes de esa sociedad regular la protección y señalar cuando ésta no debe producirse. Afirman que el nasciturus es una mera esperanza de vida y que esa protección debe acentuarse a medida que aumente la capacidad de vivir independientemente.

No hay ningún precepto constitucional que apoye esto, pues la dignidad se concibe precisamente como dignidad de la persona con unos derechos inviolables que le son inherentes, entre ellos el derecho a la vida.

Además, según Fernández Díez Moreno hay más razones por las que negar este argumento.

Por ejemplo, el hacer depender el valor, el contenido y el respeto de la dignidad humana del contexto social o cultural. No puede una concepción de la dignidad humana ser ajena a la

persona.

En segundo lugar, la validez de la teoría no se puede condicionar al consenso, ya que existe una gran disparidad en la valoración social del tema.

Se podría interpretar esto a que fuese la mayoría parlamentaria la que interpretaría ese consenso social y, en consecuencia proceder a su regulación en ese sentido. Pero, como apunta Díez Moreno, la mayoría parlamentaria solo garantiza la aprobación de la ley, no su constitucionalidad, además que incurrirían en totalitarismo democrático ya que contravendrían la naturaleza de las cosas y la dignidad humana. El totalitarismo, aunque sea democrático, es contrario a la esencia y al espíritu de nuestra Constitución.¹²²

Y, por último, utilizar el concepto de “vida plena” o “capacidad de vivir independientemente”, también podría estar legitimada la muerte de quienes no la tienen, como por ejemplo, un recién nacido o un anciano.

LA TITULARIDAD DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIBLE ATRIBUÍBLE A LA COMUNIDAD

Los partidarios de estas titularidades colectivas de derechos fundamentales, lo son también de que sea la colectividad la que titularice el derecho a la enseñanza, por ejemplo.

No hay fundamento constitucional alguno en esto.

CONFLICTO ENTRE UN MERO BIEN JURÍDICO Y UN DERECHO FUNDAMENTAL

La última de las argumentaciones de las tesis proabortistas está en la forma de resolver el posible conflicto de lo que denominan bienes jurídicos.

Si la vida del nasciturus es un mero bien jurídico protegido y, a la madre se le reconocen los derechos fundamentales a la vida, salud, libertad e intimidad, estaría claro que los bienes deben subordinarse a los derechos fundamentales.

¹²² Crf. TALMOM, *“The origins of totalitarian democracy”*, Londres, 1966, págs., 40 y 49.

Pero la vida del nasciturus no es un bien, es el valor de la vida en sí mismo, y en la Constitución se reconoce el derecho a la vida con carácter fundamental.

Así, como conclusión, Díez moreno dice que frente al reconocimiento constitucional del derecho a la vida de todos, los fundamentos de las tesis abortistas, no solo carecen de reconocimiento constitucional, sino que incluso, a veces, violan los preceptos de dicho texto.¹²³

Y para finalizar las posturas a favor lo haré con unas reflexiones tajantes de Fernando Savater, que literalmente expone lo siguiente: "Si se dice que el embrión o el feto son algo valioso porque va a dar lugar a un ser humano, la discusión es posible y puede continuar de modo ponderado. Pero si se dice que el aborto es "el asesinato de un niño", ya no queda más remedio que ponerse a dar gritos coléricos. Resulta evidente que un embrión o un feto no son un niño, por lo mismo que un huevo no es un pollo. Decir que el aborto es el "asesinato de un niño" me parece tan extravagante como asegurar que uno acaba de comerse una" tortilla de pollos".¹²⁴

9. OPINIONES CONTRARIAS AL ABORTO

Cada año, el 25 de marzo, se celebra el día internacional de la vida. Actos que sirven, según las ONG organizativas (460 en alguna ocasión)¹²⁵ para "testimoniar el firme compromiso de estas asociaciones con la defensa de la vida, sea cual sea su circunstancia" y "hacer oír su voz ante los que miran para otro lado y no están tomando las medidas políticas urgentes de las que depende el bienestar de mucha gente".¹²⁶

A continuación se analizarán las opiniones contrarias al aborto desde la perspectiva de la Federación española Asociaciones Pro Vida, Federación española Asociaciones PRO-VIDA¹²⁷

La Federación española Asociaciones Pro Vida, cuyo nombre completo es "Federación Española de Asociaciones Pro Vida", es una Organización No Gubernamental de voluntariado, que promueve el respeto a *toda vida humana desde la concepción hasta su extinción natural*.

¹²³ DÍEZ MORENO, F.: "El aborto desde la perspectiva constitucional española": "Religión, matrimonio y derecho ante el s.XXI" Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls, op.cit., pág. 3265.

¹²⁴ Cfr. SAVATER, F. "Política para Amador", Ariel, Barcelona, 2003, pág. 163.

¹²⁵ www.aciprensa.com, Madrid, 07 de marzo de 2013 (Consultado el 18 de septiembre de 2014)

¹²⁶ www.aciprensa.com (Consultado el 18 de septiembre de 2014)

¹²⁷ https://www.ewtn.com/spanish/preguntas/aborto_argumentos_pro_vida.htm(Consultado el 4 de febrero de 2015)

Tiene su origen en la primera Asociación Pro Vida de España, que surgió en Barcelona en 1977. Está reconocida e inscrita en el registro de Asociaciones del Ministerio del Interior desde 1981. Es independiente de otros organismos privados o públicos y posee el estatus de ONG Consultiva Especial del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

La Federación impulsa y coordina las actividades y servicios de solidaridad que realizan los voluntarios de las Asociaciones de las diversas ciudades españolas. Cada una de ellas es autónoma en su actuación y gestión. El nexo que las une en la Federación es la defensa de la vida humana y de su dignidad.

Los argumentos de PRO-VIDA referentes al aborto son los siguientes:

En primer lugar, afirman que la evidencia científica está clara, un ser humano biológicamente identificado como distinto e individual está presente desde el momento de la concepción. Esto es irrefutable. Lo que se ha formado en el vientre de la madre no es una parte de su tejido. De hecho es totalmente independiente. El aborto es directamente, por lo tanto, el fin intencional de una vida humana individual, biológicamente distinta de la de sus padres. EL no darle ningún valor a éste ser o darle menor valor que el de su madre no deja de ser un juicio subjetivo, sin razón lógica. No puede dejarse a la voluntad de los individuos o de los la del Estado cuestiones como la del aborto o la eutanasia entre otros.

Su segundo argumento en contra del aborto es filosófico. Desde este punto de vista dice que todos fuimos una vez ese pequeño ser humano de una, dos o cuatro células. No solamente comienza biológicamente la vida en el momento de la concepción, sino también el misterio de la persona en sí. El acabar con la vida existente en el vientre, es terminar con el "yo" que hubiera estado consciente de ella posteriormente. La ausencia de lo que significa la conciencia en el vientre, así como en cualquier otra etapa de la vida, no significa que la persona no está presente. Lo mismo sucede con una persona mentalmente deficiente, dormida o en estado de coma. La continuación de la personalidad es la misma que la continuación de la vida humana, sino, ilógicamente el ser humano decidiría cuando comienza la personalidad. No puede depender de la aceptación de la madre, del estado, de su propia conciencia ni de ningún criterio subjetivo.

Desde el punto de vista teológico, además, dicen, se puede demostrar que en la "Didaché" (Enseñanza de los Doce Apóstoles Siglo II) y en otros escritos antiguos ya se condenaban el aborto y el infanticidio. La Iglesia nunca ha tenido otro criterio distinto a éste. Los castigos han variado en las épocas de acuerdo al juicio de si estaba la criatura presente biológica o filosóficamente. La ciencia ha resuelto esas dudas y hoy sabemos con certeza que la vida humana comienza en el momento de la concepción y debe de ser protegida desde ese instante. Una referencia breve a REDMADRE que es una Fundación creada en 2007 con el propósito de activar una red solidaria de apoyo, asesoramiento y ayuda a la mujer para superar cualquier conflicto surgido ante un embarazo imprevisto, en toda España.¹²⁸

En la Fundación REDMADRE cada año atienden a más de 8.000 mujeres y más del 80% de las que estaban pensando abortar deciden finalmente continuar con su embarazo.

REDMADRE quiere transmitir a la mujer, y a la sociedad entera, que estar embarazada es una buena noticia.

Y para finalizar el punto de vista de la IGLESIA CATÓLICA al respecto.

En el año 1974, tras el debate provocado por la encíclica *Humanae Vitae*, la Sagrada Congregación para la doctrina de la Fe elaboró una declaración en la que quiso aclarar y razonar la Doctrina Oficial de la Iglesia Católica que aprobó el papa Pablo VI.¹²⁹

En ella se analiza el problema de la interrupción del embarazo a la luz de la Fe, exponiendo la doctrina católica sobre ello.¹³⁰

¹²⁸ www.redmadre.es

¹²⁹ Vid. VIVES ANTÓN, T.S.: *"El debate ideológico. Condición femenina y teoría de la justicia"* en *Debate acerca de la legalización del aborto*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. págs. 31 y 32.

¹³⁰ "La tradición de la Iglesia ha sostenido siempre que la vida humana debe de ser protegida y favorecida desde su comienzo como en las diversas etapas de su desarrollo. Oponiéndose a las costumbres del mundo grecorromano la Iglesia de los primeros siglos ha insistido sobre la distancia que separa en este punto tales costumbres cristianas. En la Didaché se dice claramente: "No matarás con el aborto al fruto del seno y no harás perecer al niño ya nacido". Aténagoras hace notar que los cristianos consideran homicidas a las mujeres que toman medicinas para abortar, condena a quienes matan a los hijos incluidos los que viven todavía en el seno de su madre, "donde son ya objeto de solicitud por parte de la Providencia divina". Tertuliano quizás no ha mantenido siempre el mismo lenguaje, pero no deja de afirmar con la misma claridad el principio esencial: "es un homicidio anticipado el impedir el nacimiento, poco importa que se suprima la vida ya nacida o que se la haga desaparecer al nacer, es ya un hombre aquel que está en camino de serlo".

Gabriel García Cantero¹³¹ escribe acerca de si la Constitución Española reconoce el derecho a quitar la vida. Hace las reflexiones a partir del número 28 de la *Caritas in Veritate*¹³², que dice lo siguiente:

“La apertura a la vida está en el centro del verdadero desarrollo. Cuando la sociedad se encamina hacia la negación y la supresión de la vida, acaba por no encontrar la motivación y la energía necesaria para esforzarse en el servicio del verdadero bien del hombre. Si se pierde la sensibilidad personal y social para acoger una nueva vida, también se marchitan otras formas de acogida provechosas para la vida social. La acogida de la vida forja las energías morales y capacita para la ayuda recíproca. Fomentando la apertura a la vida, los pueblos ricos pueden comprender mejor las necesidades de los que son pobres, evitar el empleo de ingentes recursos económicos e intelectuales para satisfacer deseos egoístas entre los propios ciudadanos y promover, por el contrario, buenas actuaciones en la perspectiva de una producción moralmente sana y solidaria, en el respeto del derecho fundamental de cada pueblo y cada persona a la vida”.

A raíz de esto, afirma, que en el aborto está siempre en juego la vida del nasciturus, un ser humano, es más desvalido y desprotegido de todos los que entran en juego en el aborto.

Recuerda también que le reconocimiento por los derechos humanos ha sido una lucha constante desde hace tres siglos.

En la declaración Universal de Derechos Humanos se recoge el derecho a la vida y, no hace ninguna referencia expresa al aborto. Tampoco en las posteriores Declaraciones de Derechos del Niño (1959,1989) se hace referencia al derecho a abortar al nasciturus a favor de la madre o de otras personas.

A continuación analiza los argumentos que algunas minorías, según él, emplean, para vaciar de contenido el derecho a la vida reconocido en la Declaración de 1948.

¹³¹ Vid. GARCÍA CANTERO, G: “La Constitución Española reconoce el derecho a quitar la vida” en “Religión, matrimonio y derecho ante el s.XXI” Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls. Edit. Iuste. pág. 3331.

¹³² *Caritas in Veritate* (latín: La caridad en la verdad) es el nombre de la tercera encíclica del Sumo Pontífice Benedicto XVI firmada el 29 de junio de 2009, Solemnidad de los Santos Apóstoles Pedro y Pablo y presentada el 7 de julio del mismo año.

Primero nos encontraríamos con una *manipulación del lenguaje*. De aborto se pasa a interrupción legal del embarazo, cómo si en algún momento se pudiera dar marcha atrás en esa interrupción.

En segundo lugar, prescinden de los *avances científicos*, que indican que desde la fecundación hay otro ser humano, y es desde ese momento titular de los derechos humanos, y, entre ellos del derecho a nacer.

Ni los progenitores, ni médicos, ni el Estado, están constitucionalmente autorizados para interrumpir ese proceso.

Además introduciendo los llamados derechos de segunda o tercera generación, se niegan o limitan algunos de los ya declarados. Por ejemplo, los llamados derechos reproductivos que sólo que sólo reconocen a la mujer como la única portadora de ellos, y no es el único sujeto que interviene en la procreación humana. Sobre ello, concluye, que “el supuesto derecho reproductivo de los padres debe respetar siempre la dignidad del hijo procreado, y de su derecho a la vida, así como los derechos que correspondan al otro progenitor y a otros interesados eventualmente en la procreación”.¹³³

Civilmente se dice que el nasciturus no puede ser titular del derecho a la vida porque todavía no es persona. El artículo 29 del Código Civil dice que el nacimiento determina la personalidad, pero una cosa es la personalidad civil como cualidad del sujeto y otra cosa el valor que constitucionalmente se le da al concebido. Además el artículo 29 también dice que al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos favorables. ¿Habría algo más favorable, dice García Cantero, que continuar viviendo sin interrumpir el proceso de gestación?

Por lo que tampoco habría que salirse del Código Civil para encontrar medidas protectoras de la vida del nasciturus.

Otro motivo a destacar entre los que dan los movimientos pro-vida en contra del aborto hace referencia a las enfermedades psíquicas que supone para las mujeres abortar.

¹³³ Vid. GARCÍA CANTERO, G., “La Constitución Española reconoce el derecho a quitar la vida? En “Religión, matrimonio y derecho ante el s.XXI”. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls. Edit. Iuste. pág. 3333.

El primer estudio que confirmó la existencia de secuelas psíquicas del aborto se publicó en el *British Journal of Psychiatry* en Diciembre de 2008.

El 30 de noviembre de ese mismo año el *Medical News Today* publicaba un resumen del estudio, llevado a cabo por investigadores de la Universidad de Otago, Nueva Zelanda. El estudio se basaba en la investigación de un grupo de más de 500 mujeres nacidas en la ciudad de Christchurch, al sur del país.¹³⁴

Las mujeres fueron entrevistadas seis veces entre los 15 y los 30 años. Además de preguntas sobre sus embarazos y abortos, también se les dio cada vez asistencia sobre salud mental.

En el grupo hubo un total de 686 embarazos, de 284 mujeres, antes de que alcanzaran los 30 años de edad. De estos hubo 153 abortos, que implicaron a 117 mujeres.

Los investigadores encontraron que las mujeres que habían abortado sufrían un 30% más de problemas mentales que las demás mujeres.

No obstante, el estudio concluía que los efectos del aborto son sólo responsables de un efecto moderado en la salud mental de las mujeres. Según los investigadores, el estudio no apoya la conclusión de que el aborto tiene un efecto "devastador" sobre la salud mental de las mujeres, pero rechazan claramente la postura proabortista de que el aborto no tiene ningún efecto nocivo.

"El aborto es probable que sea un acontecimiento estresante y traumático en la vida que coloca a los expuestos a él en un riesgo modestamente creciente de problemas comunes de salud mental", concluían los autores.

En opinión del **profesor Santa Cecilia García** "El déficit empírico y criminológico de la acción legislativa se aprecia claramente en la última reforma al Código Penal de 22 de junio de 2010, el

¹³⁴ <http://www.zenit.org/es/articles/los-efectos-secundarios-del-aborto> (Consultado el 10 de diciembre de 2014)

legislador se limita a incrementar las penas¹³⁵, como solución a la delincuencia de tan particular género. Reformas así nos llevan a situaciones verdaderamente paradójicas e incoherentes, como sucede en la LO 2/2010, DE 3 DE Marzo, de salud sexual y reproductiva de la interrupción voluntaria del embarazo, que asigna menor penalidad en la lesión a bienes jurídicos tan valiosos y concretos (derecho a la vida de las personas) y no difusos como sucede en materia de medio ambiente.¹³⁶

¹³⁵ Sobre las tendencias criminalizadoras e incremento punitivo vid.F.MUÑOZ CONDE, Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 de noviembre de 2008, en "Revista penal la Ley", núm. 24, julio 2009, pp.108 y ss.

¹³⁶ Vid. SANTA CECILIA GARCÍA, FERNANDO: "Accesoriedad y bien jurídico en delitos medioambientales: una constante paradoja en religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI". Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls, Editorial Iustel, págs.3676.

CAPITULO CUARTO

EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL ABORTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL

1. INTRODUCCIÓN: PANORAMA POSITIVO EN LA PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO Y EL DERECHO A LA VIDA

Es el tema que da título a este epígrafe una de esas cuestiones que, sin lugar a dudas, ha provocado grandes debates sociales de nuestro tiempo. Los avances de la Medicina y la Biología en este ámbito específico del *nasciturus*, a raíz del empleo de las técnicas de reproducción asistida, han supuesto un gran descubrimiento en lo que se refiere al conocimiento de la parcela más íntima del ser humano, el denominado coloquialmente “mapa genético”, y a su posible utilización con diversas finalidades, ya sean de investigación, experimentales o terapéuticas. Estos conocimientos, por su relevancia en sí mismos, y por las grandes perspectivas que abren a la Ciencia, esencialmente la médica y biológica, al tiempo, han alcanzado gran repercusión en la sociedad y conciencia social sobre el tema. El debate, inevitablemente conllevan, en un principio, a la necesidad de ser contemplados y valorados desde una perspectiva moral o ética.¹³⁷

La expresión latina “*nasciturus*” viene a definir, en principio, cuál es el sujeto ante el que nos encontramos: el que ha de nacer, esto es, el ser humano aún no nacido. Sin embargo, esta noción que hasta hace poco en el Derecho español era indubitada y se tomaba como una

¹³⁷ Vid. SEVILLA BUJALANCE, J. L: “*La protección del concebido y no nacido en nuestro Derecho*” Profesor de Derecho civil de la Universidad de Córdoba. Artículo publicado en Cuadernos de la Real Academia de Junio de 2010.

categoría unitaria se resquebraja a tenor del actual panorama legislativo español. En el mismo, aquél deviene ahora en una variedad de posibles sujetos o categorías, cuyo tratamiento jurídico es diferenciado atendiendo a la fase del desarrollo gestatorio en que se encuentre. Esta variedad o multiplicidad se ha ido asentando dentro de un mismo concepto a tenor de las leyes que se han ido promulgando en relación a esta materia.

Con las modificaciones que se introdujeron mediante la reforma de 1985, tuvo lugar la primera quiebra de la protección que hasta entonces había mantenido el Ordenamiento Jurídico español sobre el *nasciturus*. Ello desembocaría en la promulgación de una normativa que aun reconociendo que el concebido era sujeto digno de protección jurídica, permitía dar término a su vida en los tres supuestos legales del aborto. Es conocido el recurso de inconstitucionalidad sobre dicha reforma que presentara el parlamentario D. José María Ruiz Gallardón, y que encontró respuesta en la Sentencia en la que se encontraría el fundamento y base de este tratamiento.

A la anterior reforma legislativa siguieron las que regulaban los avances de la Ciencia incidentes sobre el *nasciturus*. Las primeras normas en este terreno fueron la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción humana asistida, y la Ley 41/2003 de reforma de esta.

A éstas le siguieron la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹³⁸ y la Ley 14/2007, de 3 de Julio, de Investigación biomédica¹³⁹. Ambas en sus correspondientes textos, declaran derogadas las leyes anteriormente mencionadas de 1988 y de 2003.

En la primera de las dos, cronológicamente hablando, la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, el Legislador introduce la siguiente definición:

“A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”¹⁴⁰

¹³⁸ B.O.E. 27 de Mayo de 2006

¹³⁹ B.O.E. 4 de Julio de 2007

¹⁴⁰ “Ley 14/2006, de 26 de Mayo... cit.” art. 1,2.

Nada dice la Ley en cuestión acerca de los embriones y fetos humanos, que si bien no son tratados directamente en el texto, sí están afectados indirectamente por su regulación. La posterior normativa de investigación biomédica, sin embargo, establecería más definiciones que, sin lugar a dudas, eran relativas al *nasciturus*:

l) “Embrión”: fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener.

n) “Feto”: embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto.

s) “Preembrión”: el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.¹⁴¹

En cuanto a la protección del *nasciturus* en nuestro Ordenamiento Jurídico, hay que destacar que en dos planos distintos podemos decir que se recoge la protección jurídica del *nasciturus* en nuestro Ordenamiento Jurídico. Estos dos planos son, en primer lugar, el llamemos positivo que se encarga de reconocer su status y sus derechos al *nasciturus*, y en segundo lugar, el que denominaremos plano sancionador o represivo, que abarca las distintas sanciones para con las conductas que, de algún modo, trasgreden el reconocimiento y la protección dispensada en el anterior.

Reconocimiento : La primera, a la que denominamos protección activa, viene a ser el conjunto de reglas que, ante la existencia en la realidad del *nasciturus*, le reconoce su relevancia en el Ordenamiento y, en consonancia con ello, de alguna manera, le configura su *status* jurídico. Se trata por tanto, de aquellas normas que, previo su reconocimiento dan asiento al concebido y

¹⁴¹ “Ley 14/2007 de 3 de Julio...cit.”, art. 3, apdos. “l”, “n”, y “s” respectivamente.

no nacido en el Ordenamiento. En esta materia, son disposiciones fundamentales los arts. 29¹⁴² y 30 del Código civil¹⁴³.

Hay aquí un reconocimiento claro de una figura, el *nasciturus*, a quien se atribuye una protección genérica que abarca todos los efectos favorables, ya desde antes de su nacimiento. No obstante, es importante recordar, brevemente, la interpretación correcta del juego de estos preceptos: se trata de un reconocimiento de todos los efectos favorables, siempre y cuando nazca, como claramente dice el art. 30, cumpliendo determinados requisitos. Es decir que para que tenga lugar esta atribución de los efectos favorables, es preciso verificar que se da nítido cumplimiento de ellos, lo que no ocurre hasta que se ha producido el parto. Con ello, el Derecho lo que hace es retrotraer al momento de la concepción la validez de todos los efectos jurídicos favorables al recién nacido.

En consonancia con este sistema, que de alguna manera ya reconoce al *nasciturus*, y su engranaje en el Derecho civil, se encuentra la suspensión de la herencia hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta¹⁴⁴, a la vez que recoge una serie de medidas de administración del patrimonio y de alimentos de la embarazada para el caso.¹⁴⁵

De toda esta normativa se ve que el *nasciturus* ya es relevante, que su existencia ya incide sobre el Ordenamiento que lo reconoce, conectándole efectos jurídicos, civiles en este caso, a ese ser. Podemos afirmar que, con independencia de la más o menos plena atribución de derechos sucesorios, que es posterior al nacimiento, el *nasciturus* tiene un reconocimiento, y aparece como figura con relevancia jurídica en el ámbito civil.

Derivada, y en consonancia con este reconocimiento en el plano anterior (activo), evidentemente, se instaura en nuestro Ordenamiento la protección desde un plano sancionador o represivo: asentada la relevancia de la figura del ser humano, es preciso revestirla con la protección sancionadora, de manera que, si se produce una trasgresión hacia

¹⁴² “Art. 29) El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones del artículo siguiente”.

¹⁴³ “Art. 30) La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

¹⁴⁴ Art. 966 del Código civil.

¹⁴⁵ Arts. 964, 965 y 967 del Código civil.

ella o hacia sus derechos, exista la correspondiente respuesta en forma de sanción, establecida en la Ley a tales efectos.

Es este el ámbito en el que se nos presenta, quizá con mayor claridad, la protección que el Ordenamiento dispensa a muchas figuras e instituciones, ya que toda sanción conlleva en sí un componente de coacción, que lleva al sujeto a mantener una conducta de aceptación y respeto hacia la norma. Igual sucede con la figura del *nasciturus* que, por el mismo hecho de ser un miembro de la especie humana, no debería precisar de esta coacción legal para verse protegido, pero que la realidad demuestra que no sucede a ser. Es por ello, que también existen una serie de normas que desde un plano sancionador le protegen.

En consecuencia, junto al reconocimiento positivo del status del *nasciturus*, para el caso de posibles infracciones legales que puedan perjudicarlo, la Ley prevé una serie de sanciones, que constituyen, junto a su consideración y reconocimiento explícito, la protección de aquél por la norma. Dos son los ámbitos esenciales en los que se establecen las sanciones para las infracciones en lo atinente al incumplimiento de la regulación relativa al *nasciturus*: de una parte el ámbito administrativo, y de otra el penal.

En este sentido, y siguiendo un orden cronológico en cuanto a su establecimiento, comenzaremos por exponer las sanciones que se responden a la trasgresión de normas que protegen al *nasciturus* en nuestro Derecho. Esto implica acudir inicialmente al Código penal, que establece la protección al concebido y no nacido desde tres aspectos o perspectivas, de las cuales, la primera se encuentra en los preceptos dedicados expresamente al aborto¹⁴⁶; la segunda forma de protección que se otorga al *nasciturus* por éste texto legal se encuentra en el apartado dedicado a las lesiones al feto¹⁴⁷, y, finalmente, un tercer apartado con la misma orientación, recoge y castiga los delitos de manipulación genética.¹⁴⁸

En primer lugar, cabe decir que, según el texto de las Leyes de reproducción asistida y de investigación biomédica, la potestad sancionadora regulada en esta Ley se ejercerá, en lo no previsto en ella, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de

¹⁴⁶ Código penal, Libro II, Título II, arts. 144-146.

¹⁴⁷ Código penal, Libro II, Título IV, arts. 157-158.

¹⁴⁸ Código penal, Libro II, Título V, arts. 159-162.

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

En este aspecto jurídico-administrativo de la propia Ley, tanto la protección del concebido y no nacido, como las sanciones que se puedan imponer en este ámbito administrativo, se recogen en esas dos mismas normativas que actualmente regulan las técnicas de reproducción humana asistida y la investigación biomédica, y que dedican sus correspondientes apartados a dicha actividad sancionadora¹⁴⁹. En ambos textos el Legislador establece una serie de conductas sancionables, procediendo a una clasificación de las mismas en tres categorías: leves, graves y muy graves, a las que se les conecta directamente la sanción correspondiente en la misma norma¹⁵⁰.

Junto a ello, es de destacar que en los dos textos queda clara y coherentemente construida la mecánica de la actividad sancionadora, puesto que en ambos casos se establece que cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado.

Igualmente, y como denominador común, la sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa, y de no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador tomando como base los hechos que los tribunales hayan considerado probados. También las dos normativas señalan que las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar el derecho a la protección de la salud y la seguridad de las personas, se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncia sobre ellas.

En ningún caso, continúa estableciendo el Legislador que se impondrá una doble sanción por los mismos hechos, y en función de los mismos intereses protegidos, si bien sí que deberán

¹⁴⁹ Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (B.O.E. de 27 de Mayo de 2006), Cap. VIII (Infracciones y sanciones), arts. 24-28; Ley 14/2007 de 3 de Julio, de Investigación biomédica, de 4 de Julio (B.O.E. 4 de Julio de 2007), Tit. VI (Infracciones, sanciones y compensaciones por daños), arts. 72-75.

¹⁵⁰ "Ley 14/2006, de 26 de Mayo...cit." arts. 26 (Infracciones) y 27 (Sanciones); "Ley 14/2007 de 3 de Julio...cit". arts. 74 (Infracciones) y 75 (Sanciones).

exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes.

Finalmente, en ambas se marca un plazo de prescripción legal para las sanciones, atendiendo a su mayor o menor gravedad.¹⁵¹

Desde la perspectiva del funcionamiento la estructura es clara y acorde: detectada una infracción, se produce la correspondiente apertura del expediente sancionador. Tomadas las medidas oportunas de carácter administrativo, con sus correspondientes sanciones, si se constatan indicios de la existencia de un posible delito, se da traslado al Ministerio Fiscal, suspendiéndose el proceso sancionador abierto, y quedando a expensas del pronunciamiento por parte de la Autoridad Judicial.

Y, por último decir que es competente para conocer de los delitos de homicidio, aborto, lesiones al feto y otros, el Tribunal de violencia sobre la mujer.

La despenalización de determinados supuestos de aborto,¹⁵² que ahora contiene el artículo 417 bis del Código penal, ha dado lugar en nuestro país (y en otros) a una amplia polémica sobre su legalización, teniéndose en cuenta, además del artículo 15 de la Constitución, que establece que todos tienen derecho a la vida, la protección que el Código civil dispensa al concebido y no nacido, incluyéndose por algún autor la posibilidad de nacer entre «lo favorable».¹⁵³

El problema ha sido abordado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 abril 1985,¹⁵⁴ que se refiere ampliamente a la protección constitucional de la vida del concebido.

El artículo 15 de la Constitución establece que «todos tienen derecho a la vida». La vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), sino también en virtud de los diversos

¹⁵¹ Vid. art. 24 de la Ley 14/2006 de 27 de Mayo...cit y art. 72 de la Ley 14/2007 de 4 de Julio...cit.

¹⁵² CABANILLAS SANCHEZ, A. "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales", op. cit., págs. 799 y ss.

¹⁵³ Cfr. VIDAL MARTINEZ. "Las nuevas formas de reproducción humana ante el derecho civil". Civitas, Madrid, 1988, pág. 164.

¹⁵⁴ Cfr. FOSAR BENLLOCH, E.: "La interrupción voluntaria del embarazo en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 en relación con el sistema europeo de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Examen de las decisiones de la Comisión europea", en Actualidad Civil, 1987. núm. 23. 452, pág. 1409 y ss.

criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados, y en cuya evaluación y discusión no podemos ni tenemos que entrar aquí. Sin embargo, no es posible resolver constitucionalmente el presente recurso sin partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto. Desde el punto de vista de la cuestión planteada basta con precisar:

a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el *status* jurídico público y privado del sujeto vital.

b) Que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana.

De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana,- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.

Esta conclusión resulta también de los debates parlamentarios en torno a la elaboración del mencionado artículo del texto constitucional, cuya cercanía en el tiempo justifica su utilización

como elemento interpretativo. En el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda – aprobada por mayoría- que proponía utilizar el término «todos» en sustitución de la expresión «todas las personas» -introducida en el seno de la Comisión para modificar la primitiva redacción del precepto en el Anteproyecto por estimar que era" técnicamente más correcta»- con la finalidad de incluir al *nasciturus* de evitar, por otra parte, que con la palabra «persona» se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución.

La ambigüedad del término «todos» en la expresión «todos tienen derecho a la vida» no fue despejada, sin embargo, durante los debates por lo que se refiere a la extensión de la titularidad del derecho, pero en cualquier caso, como señaló el defensor de la enmienda, constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del *nasciturus*. El precepto fue aprobado posteriormente en el Senado por 162 votos a favor, ninguno en contra y dos abstenciones.

En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental.

Los recurrentes pretenden deducir tal titularidad no sólo de los mencionados debates parlamentarios acerca de la inclusión del *nasciturus* en el término «todos» del artículo 15, sino también de la interpretación sistemática de la Constitución, así como de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, a que se remite el artículo 10, 2, de la Constitución para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades en ella reconocidos.

No existe, sin embargo, fundamento suficiente en apoyo de su tesis.

Por lo que se refiere a la primera, los mismos recurrentes reconocen que la palabra «todos» utilizada en otros preceptos constitucionales (arts. 27, 28, 29, 35 y 47) hace referencia a los nacidos, como se deduce del contexto y del alcance del derecho que regulan, pero estiman que de ello no puede concluirse que ese mismo significado haya de atribuirse a dicho término en el

artículo 15. La interpretación sistemática de éste ha de hacerse, a su juicio, en relación con otros preceptos constitucionales (arts. 1.1, 10, 14, 39 Y 49). Pero los mismos términos generales en que esta argumentación se desarrolla y la misma vaguedad de la conclusión a que llegan los recurrentes la convierten en irrelevante, por lo que se refiere a la cuestión concreta planteada de la titularidad del derecho a la vida que pueda corresponder al *nasciturus*.

En cuanto a la interpretación del artículo 15, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, lo cierto es que la versión auténtica francesa utiliza expresamente el término «persona» en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –al igual que lo hace la versión auténtica española- y en el artículo 2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Y si bien el Tribunal de Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su función relativa a la admisión de demandas, sí lo ha hecho en relación con el artículo 2 del Convenio en el asunto 8.416/1979, en su Decisión de 13 mayo 1980, poniendo de manifiesto por lo que se refiere a la expresión *everyone* o *toute personne* de los textos auténticos que, aun cuando no aparece definida en el Convenio, la utilización que de dicha expresión se hace en el mismo y el contexto dentro del cual se emplea en el mencionado artículo 2 lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al *nasciturus* (fundamentos jurídicos 9 y 17); asimismo, al examinar el término «vida», la Comisión se planteó en qué sentido puede interpretarse el artículo 2 en cuestión en relación con el feto, aunque no llegó a pronunciarse en términos precisos sobre tal extremo por estimar que no era necesario para decidir sobre el supuesto planteado (indicación médica para proteger la vida y la salud de la madre), limitándose a excluir, de las posibles interpretaciones, la de que el feto pudiera tener un «derecho a la vida» de carácter absoluto (fundamentos jurídicos 17 a 23).

En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental.

La protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto, pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones.

De acuerdo con esta sentencia del Tribunal Constitucional, la titularidad de los derechos fundamentales, donde se inserta el derecho a la vida, no se reconocen antes del nacimiento y, en consecuencia, la cualidad de persona no se ostenta antes de que tal hecho ocurra.

1.1 TOMA DE POSTURA

Presente todo lo anterior, podemos concluir que nos hallamos ante una regulación que, desde el punto de vista formal, y en una perspectiva general, es coherente con el Sistema jurídico constitucional: unas normas – en el ámbito civil – reconocen y establecen un status para el concebido y no nacido. Son, esencialmente, los artículos 29 y 30 del Código civil, así como aquellos que - aún de menor relevancia para nuestro trabajo – en consecuencia con ellos, desarrollan sus principios. Coherentemente, para cuando existe una infracción de aquello que pueda perjudicar a ese sujeto, al concebido y no nacido, sigue otra regulación que, con carácter represivo se divide en dos ramificaciones:

- Una primera, de orden administrativo que, junto a otras conductas, para los supuestos en que no exista suficiente entidad en los hechos como para considerarla tipificada en el terreno punitivo, castiga los hechos que puedan suponer un atentado contra el concebido y no nacido.

- Otra, ya de mayor entidad, establecida en el Ordenamiento a los efectos de reprimir y castigar aquellas infracciones que se encuentran tipificadas como conductas delictivas en el Código penal español vigente.

Junto a lo anterior, es cierre del sistema la conexión entre unos y otros tipos de infracción, de manera que si se detecta la existencia de indicios de criminalidad, la Autoridad administrativa debe comunicarlo al Ministerio Fiscal para que, con su traslado de los hechos y circunstancias, sea la Autoridad judicial quien prosiga en la correspondiente instrucción, y tome las determinaciones últimas.

2. SOCIEDAD, MORAL Y DERECHO ANTES DE LA REFORMA 9/85: ABORTO ILEGAL, ESTADÍSTICAS, ÉTICA, EVOLUCIÓN JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA.

2.1 ABORTO ILEGAL

Repasando la situación del aborto antes de la legalización de éste por la Ley del 85, es interesante comenzar haciendo referencia a uno de los motivos principales que argumentan aquellos que defienden la despenalización del mismo, es decir, el evitar el aborto ilegal o clandestino, ya que pone en riesgo la salud y vida de las mujeres.

¿Cuáles son las consecuencias en la salud el aborto ilegal e inseguro?

Voy a exponer los motivos, cifras y demás datos que se aportan con respecto a éste.

Se dice que cada año, casi 80.000 mujeres mueren como resultado directo del aborto ilegal e inseguro. Un número desconocido de mujeres sufren complicaciones de salud serias y a veces permanentes como resultado de los estimados 20 millones de abortos practicados ilegalmente en el mundo anualmente.¹⁵⁵

Las complicaciones más comunes del aborto inseguro incluye la infertilidad, las infecciones serias que pueden llevar la necesidad de una histerectomía, las hemorragias y las pérdidas de sangre, la perforación uterina, la enfermedad pélvica inflamatoria, y la dificultad de retener el embarazo siguiente.

¹⁵⁵ <http://www.hrw.org/legacy/background/america/argentina0605/qna0605sp.htm> (Consultado el 6 de marzo de 2014).

Aunque el aborto ilegal e inseguro no siempre conlleva complicaciones y no siempre constituye una amenaza a la vida, si puede suponer riesgos en mujeres que no tienen acceso a una atención médica rápida, efectiva, y adecuada.

Las tres razones fundamentales de esa inseguridad serían: 1) métodos inseguros; 2) ausencia de responsabilidad médica; y 3) miedo a la atención post-aborto.

Atendiendo a la primera de las razones dadas, supone el hecho de que las mujeres que no pueden interrumpir el embarazo no deseado, son conducidas, en muchas ocasiones, a tomar medidas desesperadas, como por ejemplo la autoinducción del aborto. Para ello utilizan métodos muy peligrosos, como la introducción de objetos afilados en el útero, que podrían dar lugar a hemorragias importantes o infecciones. Otras muchas, con ese mismo fin, toman medicinas anti-inflamatorias sin supervisión médica, que podrían generarles, igualmente, graves daños a la salud.

Segundo, las clínicas clandestinas que realizan abortos de forma ilegal escapan a la reglamentación y supervisión del gobierno. Por este motivo a menudo operan sin excesiva preocupación por el resultado, es decir, por la vida y salud de las mujeres.

Tercero, cuando el aborto es ilegal, las mujeres que temen la ilegalidad de su acto, a veces no buscan la atención post-aborto necesaria que les puede salvar la vida.

Hay, sin embargo, con respecto a este tema, un informe de la ONU que dice que de acuerdo a nuevas cifras de la División de Población de las Naciones Unidas, las naciones con leyes que legalizan el aborto no han visto un correspondiente descenso en la proporción de muertes maternas.¹⁵⁶

Recoge el New York, NY (LifeNews.com) que los defensores del aborto usaron este argumento para legalizar el aborto en los Estados Unidos y lo siguen usando para tambalear leyes en otras naciones: que el hacer ilegal el aborto incrementará las muertes de mujeres. Sin embargo, un nuevo informe de las Naciones Unidas indica que esto no es así.

¹⁵⁶ <http://es.catholic.net/op/articulos/6981/cat/257/onu-el-aborto-ilegal-no-aumenta-las-muertes-maternas.html> (Consultado el 23 de octubre de 2014).

De acuerdo a nuevas cifras de la División de Población de las Naciones Unidas, las naciones con leyes que legalizan el aborto no han visto un correspondiente descenso en la proporción de muertes maternas. Estas naciones no experimentan menores tasas de mortalidad materna comparadas con las naciones que han hecho ilegal al aborto.

La información se encuentra en el llamado “Informe Mundial de Mortalidad: 2005”. Las Naciones Unidas dicen que es el primero de su tipo y que registran mortalidad materna e infantil para cada nación.

Según el Instituto *Catholic Family and Human Rights*, un grupo pro-vida que cabildea en la ONU, el informe revela que en Rusia, donde el aborto ha sido considerado desde hace mucho tiempo como un medio de control de la natalidad, existe una tasa de mortalidad maternal de 67 muertes por cada 100.000 nacimientos. Esta tasa es 17 muertes por cada 100.000 nacimientos en los Estados Unidos, que en líneas generales tienen leyes muy permisivas hacia el aborto.

Por otro lado, *Human Rights Initiative* (CFHRI)¹⁵⁷ reporta en su boletín *Friday Fax* que Irlanda y Polonia tienen tasas menores. Ambos países han sido objeto de fuertes protestas por parte de los defensores del aborto, quienes incluso mandaron un barco en el cual se practican abortos a Polonia, para promover los abortos ahí. Irlanda tiene la menor tasa de mortalidad comparada con Polonia, Estados Unidos y Rusia, con solo 5 muertes por cada 100.000 nacimientos. Polonia también tiene una tasa baja con 13 muertes por cada 100.000 nacimientos.

Las leyes pro-aborto tampoco disminuyen la mortalidad infantil, aun cuando el número de abortos sea restado del número de muertes de infantes. Irlanda tiene la menor tasa de 6 muertes por cada 1.000 nacimientos vivos, Polonia y Estados Unidos tienen 7 muertes por cada 1.000 bebés nacidos vivos, y la abortista Rusia tiene la más alta tasa de 12 muertes por cada 1.000 bebés nacidos.

Aunque los defensores del aborto exageraron el número de mujeres que morían por aborto

¹⁵⁷ Human rights initiative, Organización Internacional no gubernamental de D^{os} Humanos (www.humanrightsinitiative.org).

antes de que éste fuera legalizado en 1973, el Dr. Bernard Nathanson, el fundador de NARAL¹⁵⁸, admitió que su grupo infló drásticamente el número de muertes por aborto para captar la atención de los medios de comunicación.

Mientras tanto, otros informes han mostrado que el avance de la tecnología médica, incluyendo la invención de la penicilina, es lo que ha llevado a la disminución en el número de muertes por abortos ilegales, no el legalizar el aborto.¹⁵⁹

Pro-vida precisa que son muy pocos los países que proporcionan estadísticas fiables. Dice que la ONU y OMS las manipulan para promover el aborto mundial.

Al igual que un informe en NUEVA YORK, 2007 de la Asociación para el Cuidado de la Infancia, (ACI),¹⁶⁰ que afirma que la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Fondo de la ONU para la niñez (UNICEF) y el Fondo de Población de la ONU (UNFPA) manipulan la estadísticas de mortalidad materna y aseguran que al año mueren entre 500 y 600 mil mujeres en el mundo. Para estas instituciones notoriamente anti-vida, la "solución" a este problema es el aborto legal.

Según explicó el ex jefe de la Oficina de Estadísticas de la ONU, Dr. Joseph Chamie¹⁶¹, al *Catholic Family and Human Rights Institute* (C-FAM), estas cifras no tienen base, ya que, para comenzar, la gran mayoría de países no informan con precisión la cantidad de muertes ocurridas anualmente, ni el sexo de los fallecidos, o la edad de los mismos; además que solo unos pocos dan a conocer las causas de éstas.

¹⁵⁸ NARAL Pro-Choice America. Asociación americana que apuesta por la libertad reproductiva para mujeres y familias.

¹⁵⁹ Este artículo fue traducido del original titulado "United Nations Report: Making Abortion Illegal Doesn't Increase Women's Deaths" el cual fue publicado febrero 20 del 2006 en el servicio de noticias pro-vida LifeNews.com, <http://www.lifenews.com/nat2093.html> (Consultado el 3 de diciembre de 2014). Encontrará el "World Mortality Report" del 2005, emitido por el United Nations Population Division (sección de la ONU sobre la población), en <http://www.un.org/esa/population/publications/worldmortality/WMR2005.pdf>.

¹⁶⁰ http://www.sentidodevida.humanet.com.co/onu_aborto.htm (Consultado el 9 de septiembre de 2014).

¹⁶¹ Ha sido recientemente nombrado director de investigación del Centro de Estudios Migratorios de Nueva York. Anteriormente, fue director de la División de Población de las Naciones Unidas. El Sr. Chamie sirvió a la ONU en materia de población y desarrollo, tanto en el extranjero y en Nueva York durante más de 25 años. Entre otras funciones importantes, fue el secretario general adjunto de la Conferencia Internacional de 1994 de las Naciones Unidas para la Población y el Desarrollo. Además de completar numerosos estudios bajo la autoría de la ONU, ha escrito muchos estudios en áreas como la fertilidad, estimaciones y proyecciones de población, la migración internacional y la población y la política de desarrollo.

Un reciente comunicado de la OMS admite que dos tercios de las muertes no aparecen en las estadísticas nacionales de la mayoría de los países en desarrollo. Además, solo 31 países de 193 (16 por ciento) entregan información confiable sobre las causas de estas muertes.

Asimismo, la ONU emitió el informe "El Mundo de las Mujeres 2005: progreso en la estadística" en el que se decía que "más de un tercio de 204 países o las áreas estudiadas no reportaron causas, sexo o edades de las muertes; ni siquiera una sola vez".

Este informe también indicaba que "incluso cuando las muertes están debidamente registradas, las muertes maternas pueden omitirse o no identificarse correctamente con lo que se compromete la confiabilidad de tales estadísticas", asegurando además que el avance en las estadísticas ha sido muy limitado desde 1975.

De otro lado, el informe "Mortalidad Materna 2005", emitido por la OMS, la UNICEF, el UNFPA y el Banco Mundial; reitera que "el progreso hacia las Metas del Milenio ha sido desafiante, debido a la falta de datos confiables sobre mortalidad materna; especialmente en países en desarrollo".

El mismo informe, explica C-FAM, precisa que el 99 por ciento de las 563 000 muertes estimadas ocurren en países en vías de desarrollo. Dado que estas agencias, indica la institución pro-vida, admiten que estos datos son casi imposibles de obtener, algunos se preguntan cómo obtienen esos datos en lugares donde no se informa de ellos.

Tras la reciente cumbre en Londres titulada "Las Mujeres Dan Vida", que terminó siendo una plataforma para promover la legalización del aborto en todo el mundo, una activista pro-vida que participó en esta cita comentó que "con toda esta evidencia que muestra que es imposible saber el número de muertes maternas tras la práctica de un aborto; resulta atroz que la OMS, el UNFPA, la UNICEF y otros generen políticas -especialmente la promoción del 'derecho' al aborto- a partir de cero datos".

2.2 ESTADÍSTICAS

En cuanto a las estadísticas en España, la cifra negra era alarmante, cuando en 1985 se despenalizaba el aborto a petición, en el debate público se utilizaba la excusa de que hasta 300.000 abortos anuales se estaban cometiendo en la clandestinidad con el riesgo que ello supone para la vida de muchas mujeres. Sin embargo, al año siguiente de la despenalización se registraron tan solo 467 abortos “legales”. Además, a día de hoy todavía no se ha llegado ni a la mitad de esa cifra de los 300.000 abortos anuales, a pesar de haber aumentado la población.¹⁶² Eso sí, a partir de 1985, el aborto a petición no hizo sino crecer rápidamente casi todos los años en España, hasta alcanzar más de 100.000 abortos. Así que aquellos datos ofrecidos a la opinión pública como estimaciones de una realidad falseada, acabaron siendo más bien vaticinios de la relajación moral y de anti-derechos humanos que estaba por llegar. Lo cual demuestra que las políticas sociales no siempre se limitan a dar marco legal a las realidades sociales.

Por eso, se dijo que los 300.000 abortos fueron un invento¹⁶³ para intentar convencer a la opinión pública española de que el aborto legal era necesario para evitar el peligroso aborto clandestino y proteger así la salud de las mujeres. Y por consiguiente cualquiera que se opusiera a ello, era considerado una persona intolerante que se oponía a proteger la integridad y la seguridad de las mujeres. Sucia estrategia mediática de inflar las cifras que ya denunciara por experiencia propia el ex-abortista Bernard Nathanson (1926-2011), médico estadounidense que ayudó a fundar la Asociación Nacional para la Derogación de las Leyes de Aborto (*NARAL Pro-ChoiceAmerica*), pero que más tarde se convirtió en activista pro-vida, como paso previo para conseguir la legalización del aborto en varios países.

Así, parece confirmarse que los 300.000 abortos no existieron nunca. Y esto se puede verificar a partir de la serie de datos de las mujeres que iban a abortar a Londres justo antes de la legalización y el número de abortos que se cometían en España a partir de la legalización. Con ello, la cifra máxima que es sostenible se puede obtener sumando esos dos datos: por un lado, los abortos legales cometidos en Londres por parte de mujeres españolas, más los abortos que se podían producir en la propia España. Todo esto nunca superó los 25.000 abortos. Esta sería la cifra objetiva.¹⁶⁴ Y esta cifra es consistente con la curva de crecimiento que han seguido los

¹⁶² <http://www.abortono.org/cifras>. (Consultado el 14 de septiembre de 2014).

¹⁶³ El portal de datos www.johnstonsarchive.net es una fuente con la ventaja de que proporciona las cifras del aborto por regiones del mundo y global desde 1922 y allí el máximo de abortos en el mundo llegó en los años 85 y se situó en los 28 millones de abortos declarados. A estos habría que sumar los ilegales, pero nunca llegan a la cifra que dicen los abortistas.

¹⁶⁴ <http://www.abortono.org/cifras>. (Consultado el 14 de septiembre de 2014).

abortos en nuestro país. Es decir, la tesis de los falsos 300.000 abortos clandestinos, habría afectado hasta casi la mitad de las mujeres y habría tenido un brutal impacto sobre la natalidad, cosa que no ocurrió, lo cual ha demostrado lo desmesurado de la cifra. Porque después de tantos años y a pesar de que España es el país donde más ha crecido el aborto cuando en los restantes está estabilizado o disminuye, con la excepción de Gran Bretaña, esto solo viene a decirnos que quienes planteaban no ya los 300.000, que era la hipótesis máxima, sino incluso los 150.000 que era otra cifra que se manejó, eran pura demagogia.

La utilización de estadísticas de abortos clandestinos tiene la particularidad de que como son clandestinos nadie puede verificar exactamente cuántos son. Pero, incluso cuando se manejan datos inventados, la manipulación se ha de hacer bien porque de lo contrario otros datos relacionados resultarían absolutamente incoherentes. Por ejemplo, si en un país hay una gran abundancia de abortos clandestinos esto se debería reflejar en un índice de mortalidad materna más elevado. Si no es así, esto significa que la ficción de la clandestinidad es evidente. Es el caso de Chile e Irlanda, países que hasta ahora han tenido fuertes restricciones al aborto y sin embargo han tenido mejores índices de salud materna.

2.3 SOCIEDAD, ÉTICA Y MORAL

La mujer tradicionalmente ha estado siempre un paso por detrás en la sociedad. Este carácter atrasado de la mujer no es innato en ella como se hacía creer. No hay que dar respuesta a ello en aspectos biológicos, sino en la explotación doble que ha sufrido siempre: dependencia social de los hombres y dependencia económica en la que se han hallado generalmente a lo largo de la historia y además en la capacidad civil de la mujer casada.

Pero la historia nos ha demostrado que en periodos revolucionarios, las mujeres han estado siempre en primera línea, y han jugado un papel muy decisivo en la lucha.¹⁶⁵

Durante los cuarenta años del franquismo, España fue un ejemplo del más puro estilo de patriarcado. Durante la Segunda República se había dado el voto a las mujeres, se les había concedido derechos y comenzaron a incorporarse al mundo laboral. Durante la guerra, las

¹⁶⁵ <http://www.vallenajerilla.com/berceo/garciacarcel/lamujerduranteelfranquismo>

mujeres participaron de forma muy activa en los dos bandos, pero finalizada ésta, se las hizo volver al rol tradicional en el hogar, reivindicado como propio de las mujeres por el Frente Nacional. Se suprimió inmediatamente toda la legislación de la República que concedía derechos a las mujeres. El Estado decidió que se debía liberar a las trabajadoras del taller y la fábrica, y a las profesionales de clase media se les cerraron todos los puestos de trabajo. Se suprimió la educación mixta en las escuelas y se diseñó una formación especial para convertir a las mujeres en buenas esposas y madres. La familia conservadora tradicional se convertía en el fundamento de la nación.

Para llevar a cabo esta tarea se creó la Sección Femenina de la Falange, encargada de educar a las mujeres en su verdadero papel. La Sección Femenina recogía este espíritu. Y, aunque el desarrollo económico de la segunda mitad de los sesenta adaptó algo la incorporación legal al mercado de trabajo, ya que muchas mujeres habían trabajado en la economía sumergida por necesidad, estos principios se mantuvieron vigentes hasta la muerte de Franco.

El feminismo como un movimiento destinado a una participación más activa de la mujer en la vida social, política, etc. surge sobre los años sesenta (siglo XX) en diversos países. En España como estamos exponiendo, como consecuencia del régimen franquista la legislación excluía a las mujeres de multitud de actividades, manteniéndola en roles tradicionales alejados de lo que ocurría en Europa.¹⁶⁶

Hasta finales de los años 50, con el comienzo de la apertura de España al exterior y una política de industrialización modernizadora del país, es cuando se producen algunas modificaciones en la legislación arcaica de nuestro país. Se empiezan a publicar algunas leyes sobre no discriminación por razón de sexo, pero muy limitadas, pues solo para las mujeres solteras, ya que las menores de edad, 21 años entonces, estaban bajo la tutela de los padres y las mujeres casadas bajo la de sus maridos.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Cfr. MOLINERO RUIZ, C. "Mujer, franquismo, fascismo. La clausura forzada en un mundo pequeño", en Revista Historia Social núm. 30. págs. 97 a 117, 1998.

¹⁶⁷ Vid. ORTIZ HERAS, M. "Mujer y dictadura franquista", en Aposta: Revista de ciencias sociales, núm. 28, 2006, págs. 1 a 6.

Toda educación estaba programada hacia la sumisión al hombre, la virginidad como único valor específicamente femenino, la honra, la decencia, y el matrimonio y la procreación como parte vital de sus vidas y su existencia.

Así el Código penal castigaba duramente a la mujer que cometía adulterio, mientras que en los hombres solo era delito si se trataba de amancebamiento (que el marido tenga manceba fuera de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella).

El art.416 bis del Código Penal de 1944, castigaba con arresto mayor o multa a todos aquellos que indicaran, vendieran, anunciaran, suministraran o divulgaran cualquier medio o procedimiento capaz de facilitar el aborto o evitar la procreación. En el caso del aborto se reducía la condena si se alegaba la deshonor que suponía para la familia una madre soltera.

Con la sociedad democrática, una de las principales cuestiones sobre la que empiezan a movilizarse las mujeres es por la igualdad ante la Ley. Reclamarían derechos civiles, la desvinculación con respecto al marido y la derogación de la licencia marital o patria potestad conjunta. También derechos políticos como poder reunirse, expresarse libremente, huelga, y derechos laborales, y poco a poco derechos de libertad sexual como derecho a una sexualidad libre, control de natalidad, aborto y leyes de matrimonio civil y divorcio.

Así, es con la muerte de Francisco Franco, el 20 de noviembre de 1975, cuando empieza en España un lento proceso democrático, y el motivo inicial de liberación de la mujer encuentra un clima más favorable para expresarse públicamente. Este clima permite que las mujeres que se habían organizado ya antes, clandestinamente o no, salgan a la calle y se movilicen. Su trabajo se difunde muy pronto en los barrios, las asociaciones de vecinos, organizaciones profesionales, centros de planificación familiar e incluso en el interior de los partidos políticos legalizados. En diciembre de 1975 se celebraron en Madrid las *Primeras Jornadas por la Liberación de la Mujer*, y en mayo de 1976 tuvieron lugar en Barcelona las *Jornades Catalanes de la Dona*.

A través de grupos de vanguardia u organizaciones de masas, el feminismo español se ha ido configurando en los últimos tiempos, a través de diferentes tendencias: las que se integran en los partidos políticos, tanto de la derecha como de la izquierda, las radicales o las sexistas, que partían de la base de que la mujer, dado su puesto en el sistema productivo como ama de casa, constituye una clase social opuesta al hombre, y en consecuencia, tenía que organizarse al

margen de los partidos políticos y sindicatos. Las organizaciones autómatas de tendencia socialista (el Frente de Liberación de la Mujer), y las reformistas, las cuales, dentro o fuera de los partidos, defienden cambios sociales y legales en el marco de las estructuras vigentes. Sin embargo, esta clasificación es poco menos que superficial, puesto que las radicales y las socialistas parten de un análisis parecido en cuanto a la necesidad de transformación de la sociedad para lograr la total liberación de la mujer, y la necesidad de crear organizaciones feministas autónomas e independientes de los partidos políticos es compartida y defendida por muchas militantes de los partidos de la izquierda tradicional.¹⁶⁸

Como afirma la profesora de la Universidad Complutense de Madrid, López Zamora, la posición de la mujer en la sociedad y el ejercicio y disfrute efectivo de sus derechos han sido aspectos convulsos a lo largo de la historia. Los cambios producidos han sido radicales, hasta encontrarnos en el contexto actual de plena igualdad social entre el hombre y la mujer, pero si se continua implantando medidas tendente a reforzar y potenciar la posición de la mujer en la sociedad actual se va a producir una ruptura del equilibrio buscado y conseguido; desequilibrio que será opuesto al históricamente vivido y siendo la sociedad así construida no más justa de aquélla que discriminaba a las mujeres, simplemente por serlo.¹⁶⁹

2.4 EVOLUCIÓN JURÍDICA DEL ABORTO

Todo ello influye y está relacionado, lógicamente, con la evolución jurídica del aborto. Voy a exponer ahora simplemente unas notas sobre cuál era la situación del mismo antes de 1985. La Ley de supuestos del aborto de ese mismo año se verá en un apartado posterior detenidamente.

En España el aborto inducido referido a la interrupción voluntaria del embarazo ha sido una práctica que no siempre ha estado regulada.¹⁷⁰ Cuando lo ha estado, a través de los códigos penales, ha sido considerada una práctica penalizada como se dijo en la evolución histórica del anterior punto. Recordemos que el Código Penal Español de 1822 en sus artículos 639 y 640 establecía penas de reclusión en distinto grado que podían alcanzar los 14 años para los

¹⁶⁸ <http://www.vallenajerilla.com/berceo/garciacarcel/lamujerduranteelfranquismo>

¹⁶⁹ Cfr. LÓPEZ ZAMORA, P. “*Los derechos de la mujer ‘en serio’*” en Filosofía jurídica y política de la nueva ilustración, vva, Porrúa, Madrid, 2009, págs. 337 y 338.

¹⁷⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_en_España

profesionales que lo facilitaran y de hasta 8 años para las mujeres embarazadas que abortaran. El Aborto inducido estuvo no penado durante un corto período de tiempo en Cataluña durante la II República entre 1936 y 1938, en plena guerra civil. El 25 de diciembre de 1936, en Cataluña se legaliza el aborto libre durante las 12 primeras semanas de embarazo mediante decreto firmado por Josep Tarradellas y publicado el 9 de enero de 1937 (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm.9), pero su vigencia duró muy poco.

Todo ello desembocó en una la Ley de 14 de enero de 1941 para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticonceptiva. Mientras las mujeres iban a Inglaterra y otros países dónde el aborto ya estaba legalizado. Evidentemente se reducía a aquéllas que económicamente podían.¹⁷¹

Más adelante, en 1978 se libera el uso de píldora anticonceptiva (Ley 45/1978 de 7 de octubre). Concretamente en España se despenalizó la utilización de métodos anticonceptivos reversibles el 11 de octubre de 1978, y los métodos irreversibles dejaron de ser considerados como una mutilación y se legalizaron en el año 1983.

2.5 JURISPRUDENCIA

Antes de la legalización con la Ley del 85, podemos hacernos una idea de la situación viendo algunas sentencias dictadas por aquélla época. Nos encontramos así, repasando la Jurisprudencia, con algunos ejemplos como los que siguen:

Con el primero nos remontamos al año 1979¹⁷², dónde once mujeres fueron juzgadas en Bilbao por aborto.

¹⁷¹ Vid. DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R, MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P Y FABIÁN CAPARRÓS, E.A: *"Hoy, la Nueva Reforma del Código Penal"*. Coordinadores de los delitos y las penas. Biblioteca Nacional de Girona, Salamanca, 2009.

¹⁷² En 1979 se dio un proceso judicial por aborto en Bilbao, conocido como 'las once de Bilbao', en el que estaban inculpadas diez mujeres y un hombre. Se trataba de 10 mujeres que vivían en una penosa situación económica y que tenían ya varios hijos. Las penas a las que se enfrentaban podían llegar hasta los doce años de cárcel. Este caso tuvo gran trascendencia para el feminismo en España, especialmente para abrir el debate sobre el aborto. Las diferentes organizaciones feministas de todos los rincones del territorio nacional se movilizarían para apoyar a estas personas. Como sucedería varias veces a lo largo de los años, en octubre de 1979 se suspendió la vista oral del juicio. En Barcelona, Valencia, Sevilla, Canarias, Valladolid, Oviedo, Madrid, Zaragoza y Bilbao hubo numerosas manifestaciones en apoyo a estas mujeres. El 26 de octubre, ante la Audiencia de Bilbao, se manifestaron tres mil personas. Las movilizaciones fueron impulsadas por la Coordinadora Feminista Estatal que, siguiendo el ejemplo de las francesas, recogieron más de mil firmas de mujeres y hombres famosos que afirmaban haber abortado o colaborado en abortos clandestinos. En junio de 1981 se dio una nueva vista del juicio de Bilbao, que se volvió a

En mayo de 1982, la Audiencia Provincial de Bilbao al resolver sobre los once casos de aborto juzgados en aquella ciudad, reconoció que la protección jurídica de lo que llamaron la “vida en formación” no se reconocía en la Constitución Española y deriva de la protección a las madres que son portadoras de esa vida. La sentencia valoraba asimismo que las situaciones sociales penosas por las que se había realizado el aborto podría ser considerado como una atenuante ya que se había recurrido a él en situación de extrema necesidad.¹⁷³

En las mismas fechas se procesaban mujeres en el resto de España, Madrid, Asturias, Elche, etc. por las mismas causas.

suspender ante la ausencia de dos de las acusadas. El juicio tuvo lugar en 1982, lo que convocó nuevamente a infinidad de manifestaciones por el derecho al aborto. Finalmente, la Audiencia Provincial emitió su veredicto. La sentencia valoraba que las penosas situaciones sociales, bajo las cuales estas mujeres habían interrumpido su embarazo, podrían ser consideradas como atenuantes, ya que se había recurrido a la práctica del aborto ante situaciones de extrema necesidad. Se sentaba con ello un precedente legal para la defensa de los derechos de la mujer. En 1983, las 11 personas de Bilbao fueron indultadas. Aquellas movilizaciones obligaron en parte al Gobierno de Felipe González a elaborar la primera ley del aborto de la democracia, aprobada en 1985, a pesar de la presión de la Iglesia y de los sectores de la derecha. <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article2028> (Consultado el 8 de diciembre de 2014).

¹⁷³ EDJ 1983/5171 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-10-1983Pte: Gómez de Liaño y Cobaleda, Mariano RESUMEN: Se plantean recursos de casación contra sentencia que absolvió a 9 procesadas por no considerarlas autoras de los delitos de aborto por retirada de acusación, por prescripción del delito, por tentativa desistida y por no realización de los hechos; se condena a una de las procesadas como autora de 3 delitos de aborto en grado de consumación y uno en el de frustración; y al único procesado se le condena como inductor de un delito de aborto en grado de frustración. El TS estima el recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal en el sentido de condenar a otras procesadas, por concurrir en su actuación los requisitos del art. 52.2 CP, ya que las mismas se someten a prácticas abortivas, sin estar seguras del embarazo, con lo que se pone de manifiesto el dolo eventual que es suficiente para la vivencia del delito imposible en el supuesto de aborto. Por otra parte, también estima el recurso del MF, declarando inaplicable la eximente de estado de necesidad putativo, pues los intereses concurrentes, embarazo y escasos medios económicos, ponen de relieve que la necesidad no reviste el carácter de actual o inminente para destruir el fruto de la concepción, como medio de salvaguardar los derechos que las procesadas estiman como preeminentes, ya que esta destrucción no es medio directo y manifiesto de salvaguardar los bienes que ellas desean. Por otra parte, desestima los recursos interpuestos por las procesadas; Sentencia núm. 70/1985 de Tribunal Constitucional, Sala 2ª, 31 de Mayo de 1985. Ponente: Don Francisco Pera Verdaguer. Fecha de Resolución: 31 de Mayo de 1985. Emisor: Tribunal Constitucional - Sala Segunda. Número de Recurso: Recurso de Amparo núm. 735/1983. En el recurso de amparo promovido por doña Josefa P. S., doña María C. M. T., doña Faustina H. M., doña Asunción T. A. y don José S. G., representados por la Procuradora doña Felisa L. S., bajo la dirección de Abogado, contra la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en 11 de octubre de 1983 resolviendo recurso de casación contra la de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de marzo de 1982 en causa seguida por delitos de aborto. En el proceso ha sido parte el Ministerio Fiscal. FALLO: En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA, Ha decidido Denegar el amparo solicitado por doña María C. M. T., doña Faustina H. M., doña Asunción T.A., don José S. G. y doña Josefa P. S. 19 Aug 2015 12:29:08 8/11. Dada en Madrid, a veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y cinco. Voto particular disidente del Magistrado don Francisco T. y V. en contra de la Sentencia sobre el recurso de amparo 735/1983, de la Sala Segunda.

La prensa publicó la detención de varias personas relacionadas con el Centro “Los Naranjos” de Sevilla¹⁷⁴ y se abrió sumario contra las cuatrocientas treinta mujeres que habían acudido al centro.¹⁷⁵

¹⁷⁴ EDJ 1993/6769 .Tribunal Supremo Sala 2ª, S 7-7-1993, núm. 1739/1993, rec. 4111/1989 .Pte: Puerta Luis, Luis Román. El TS da lugar al recurso de casación y dicta segunda sentencia en la que condena a los acusados como autores de un solo delito de aborto. Médico que interviene para evitar complicaciones médicas posteriores a la práctica del aborto. No suprime el dolo la creencia de la pronta despenalización del delito de aborto. Recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de, Sevilla que les condenó por delitos de abortos. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a los procesados Ángel, José, Rosa y Elena como autores de un delito de aborto ya definido y circunstanciado a la pena, a cada uno de ellos, de un año de prisión menor, multa de 10.000 ptas. con arresto sustitutorio de dieciséis días caso de impago e inhabilitación especial por seis años y un día para todo cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión y oficio y para prestar cualquier género de servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos públicos o privados y al pago de las costas correspondientes, condenando asimismo al procesado Manuel como encubridor de un delito de aborto definido y circunstanciado a la pena de cuatro meses de arresto mayor y dos multas de 25.000 y 30.000 ptas. respectivamente con arresto sustitutorio cada una de dieciséis días, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena así como al pago de las costas correspondientes, siéndoles de abono a los procesados para el cumplimiento de las penas que principal o subsidiariamente se les impone el tiempo que han estado privados de la misma por la presente causa. Y debemos absolver y absolvemos a las procesadas Mar, Eloísa y Magdalena, del delito de aborto de que venían acusadas por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas correspondientes a las mismas. El Tribunal queda instruido del Auto de solvencia del procesado Manuel y de insolvencia de los restantes acusados. Con fecha de 4 de abril de 1989, la Sala dictó Auto de aclaración que contiene la siguiente parte dispositiva: "Se aclara y rectifica por el presente Auto la omisión involuntaria que contiene la Sentencia de este Tribunal de fecha 3 del actual en el único y exclusivo sentido de condenar a los procesados José, Ángel, Rosa y Elena, como autores cada uno de ellos de cinco delitos de aborto ya definidos y circunstanciados a la pena por cada uno de los mismos de un año de prisión menor, multa de 10.000 ptas. con arresto sustitutorio de dieciséis días caso de impago o inhabilitación especial por seis años y un día, para todo cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión y oficio y para prestar cualquier género de servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o consultas ginecológicas públicas y privadas. Sin perjuicio del límite legal establecido y al pago de las costas correspondientes, quedando subsistentes los demás pronunciamientos de la Sentencia que se rectifica. TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley por los acusados Elena, Ángel, José, Rosa y Manuel, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso. *FALLO* Que debemos declarar y declararnos haber lugar, parcialmente, al motivo segundo, con desestimación de los restantes, de los recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley interpuestos por Elena, Ángel, José y Rosa, contra Sentencia de fecha 3 de abril de 1989, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, en causa seguida a los mismos y a Manuel por delito de abortos, y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia con declaración de las costas de oficio. Que debemos declarar y declararnos no haber lugar, al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por Manuel, contra la Sentencia anteriormente citada. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa. ASI, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en la COLECCION LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos...SEGUNDA SENTENCIA_En la villa de Madrid, a siete de julio de mil novecientos noventa y tres. En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla con el núm. 20 de 198 1, y seguida ante la Audiencia Provincial de Sevilla por delito de aborto contra los procesados Elena, hija de Francisco y de Susana, nacida el 19 de abril de 1960, natural de Málaga, vecina de la misma, de estado casada, de profesión profesora de inglés, de ignorada conducta, con instrucción, sin antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional; contra Ángel, hijo de Pedro y de Marina, nacido el 4 de agosto de 1951, natural de Valencia, vecino de Sevilla, de estado casado, de profesión educador sexual y experto en planificación familiar, de ignorada conducta, con instrucción, sin antecedentes penales, declarado insolvente, en libertad provisional; contra José, hijo de Juan y de Ángeles, nacido el 17 de agosto de 1958, natural de Málaga, vecino de la misma, de estado soltero, de profesión industrial, de ignorada conducta, con instrucción, sin antecedentes penales, declarado insolvente, en libertad provisional; contra Rosa, hija de Ramón y de Rosa, nacida el 25 de diciembre de 1958,

El análisis de los juicios mencionados demostraron además que las mujeres acusadas y condenadas por la ley a perder su libertad fueron las de las capas sociales menos favorecidas, precisamente las que no tenían posibilidades ni de acceder a una intervención en condiciones dentro de nuestras fronteras ni de viajar al extranjero.¹⁷⁶

En mayo de 1983, el gobierno del P.S.O.E. elevó a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Reforma del art. 417 del Código Penal, proyecto que fue aprobado en la sesión plenaria del Senado de 30 de noviembre de 1983. Esta reforma propugnaba la despenalización del aborto sólo en algunos casos muy concretos, lo que no evitó un fuerte debate entre las diferentes fuerzas políticas.

Poco después Coalición Popular (hoy Partido Popular) interpuso el recurso previo de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, mediante escrito de 2 de diciembre de 1983, complementado por otro de 3 de enero de 1984, a efecto de completar el trámite de alegaciones de los recurrentes.

natural de Baza (Granada)vecina de Marbella (Málaga)de estado soltera, de profesión técnica en sexología, de ignorada conducta, con instrucción, sin antecedentes penales, en libertad provisional, y contra Manuel, hijo de José María y de Ángeles, nacido el 11 de diciembre de 1947, natural de Puente Genil (Córdoba)vecino de Sevilla, de estado casado, de profesión médico, de ignorada conducta, con instrucción, declarado solvente y en libertad provisional; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha3 de abril de 1989, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al final y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis hace constar lo siguiente: Antecedentes de hecho. UNICO.- Se aceptan y reproducen íntegramente los fundamentos fácticos de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla y los demás antecedentes de hecho de la pronunciada por esta Sala. Fundamentos de Derecho. PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la Sentencia recurrida, en cuanto no resulten afectados por los razonamientos expuestos en los fundamentos de derecho de la Sentencia decisoria del recurso. SEGUNDO.- Se dan por reproducidos aquí los razonamientos contenidos en los fundamentos de derecho de la Sentencia decisoria de este recurso, de modo especial los expuestos en el tercero de ellos, y, en su consecuencia, se deja sin efecto el Auto de aclaración de Sentencia dictado por la Sala de instancia al 4 de abril de 1989. Vistos los preceptos legales de aplicación al caso. Parte Dispositiva FALLAMOS: Que condenamos a los acusados José, Ángel, Rosa, Elena y Manuel, en los términos que constan en el fallo de la Sentencia dictada en esta causa por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 3 de abril de 1989, que se da aquí por reproducido. Al propio tiempo, se deja sin efecto el Auto de aclaración de Sentencia dictada por el mismo Tribunal, de fecha 4 de abril de 1989.ASI, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en la COLECCION LEGISLATIVA, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Luis Román Puerta Luis.- Joaquín Martín Cañivell.- Roberto Hernández Hernández.- Rubricados. Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

¹⁷⁵ Sentencia EDJ 1993/6769 del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 7-7-1993, núm. 1739/1993, rec. 4111/1989.

¹⁷⁶ Cfr. GARCÍA BURGUILLAS, M." *La interrupción voluntaria del embarazo. ¿Un derecho o una prohibición de nuestro Derecho?*". Comunicación presentada en el VII Seminario de Estudios jurídicos: perspectiva social y jurídica de la salud reproductiva. Jerez, Noviembre 2000.

Con fecha 11 de abril de 1985 el Tribunal Constitucional responde negativamente al recurso de Coalición Popular, con su famosa y trascendente Sentencia 53/1985, que dio lugar a la aparición de la Ley Orgánica 9/1985 de 9 de julio de 1985 que introducía en el Código Penal el art. 417 bis.

Esta nueva regulación despenalizadora del aborto fue acompañada, de una estricta reglamentación administrativa (Orden de 31 de julio 1985) que prácticamente dejaba en manos de una Comisión “técnica” los casos incluibles en la indicación eugenésica o terapéutica. Esta Orden fue interpretada tan restrictivamente en algunos casos que prácticamente se bloqueó la entrada en vigor del nuevo art. 417 bis.

Ante esta situación el Gobierno promulgó un Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, en el que se facilitan enormemente los trámites burocráticos, se prescinde de las Comisiones y, sobre todo, se diferencia entre abortos que no impliquen alto riesgo y abortos de alto riesgo, siendo para el primer caso verdaderamente fácil la realización del aborto una vez emitidos los dictámenes preceptivos tanto en el aborto terapéutico, como en el eugenésico.

2.6 LA SENTENCIA 53/1985 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 11 DE ABRIL

Ponente Díez de Velasco, Manuel

El Tribunal Constitucional dictaminó que el Proyecto de Ley Orgánica era inconstitucional, no en aquellos supuestos en que declaraba no punible el aborto, dejando claro la constitucionalidad de una regulación que permitiera el aborto en las situaciones previstas, sino porque su regulación incumplía las exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución Española.

Esta Sentencia admite que el derecho a la vida es el derecho fundamental esencial, y manifiesta que la vida del nasciturus constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en el art. 15 de la Constitución, fundamento constitucional, pero que el feto no es titular de ningún derecho subjetivo.

La misma Sentencia reconoce, que dado que la vida del nasciturus es un bien jurídico que goza de protección constitucional, esta protección “implica para el Estado con carácter general la obligación de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma: dado el carácter fundamental de la vida, dicha protección puede incluir también como última garantía, las normas penales” .

Entiende el Tribunal que hay un conflicto de intereses entre la vida del nasciturus y la mujer, de forma que ni la vida del nasciturus puede prevalecer incondicionalmente ni “los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional”.

Añade la Sentencia que “las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general encajan los supuestos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible”. Este es el razonamiento que mantiene al Alto Tribunal para considerar acorde con la Constitución la despenalización en los supuestos de las indicaciones, haciendo a continuación en la resolución una ponderación de los bienes y derechos que entran en conflicto en los supuestos de las indicaciones y, en caso de incompatibilidad entre ellos, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

Sin embargo, la mencionada Sentencia no fue unánime y diversos Magistrados formularon **votos particulares** a la misma:

1. Voto particular que formula el Magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra en el recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983. Este magistrado disintió de la fundamentación y del fallo que se formuló por varias razones. Así, a su juicio la Sentencia establecía modificaciones o adiciones del texto impugnado o de otros preceptos, diciendo así al legislador lo que debería hacer para adecuar los preceptos a la Constitución., cosa que a su entender no se puede hacer el Tribunal Constitucional. Opinaba que se equivoca la Sentencia, cuando recoge (fundamento 12, in fine), que corresponde al Tribunal «indicar las modificaciones que a

su juicio -y sin excluir otras posibles- permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente», ya que para él ni dice esto el art. 79.4 b de la LOTC ni se concuerda con los principios que rigen la relación entre jurisdicción constitucional y legislación.

Para este Magistrado, el constituyente no resolvió -no tomó postura en el art. 15- el problema jurídico-penal del aborto. Para el mismo, el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2 del Convenio europeo son argumentos irrefutables para sostener que el art. 15 de nuestra Constitución, interpretado desde textos internacionales, no es impeditivo de un sistema de tratamiento del aborto que excluya su punición, y, desde luego, no lo es el configurado en el art. 417 bis del Código Penal (según el proyecto impugnado), como revela, además, la existencia de sistemas variados de tratamiento del aborto en los países signatarios de los indicados textos internacionales.

Añade que los poderes del legislador hechos efectivos en el art. 417 bis para excluir las responsabilidades penales en el caso del aborto consentido, no puede decirse que han traspasado límites constitucionales y, desde luego, no han incidido en violación del art. 15 de la Constitución.

Por último alega que el texto no analiza, propiamente, lo que es el verdadero motivo del recurso basado en el art. 9.3 y que a su parecer debió estudiarse este motivo (como otros sobre los que pasa por alto la Sentencia: arts. 1.1, 39.2 y 39.4) para concluir desestimándolos., por lo que para él hubiera sido procedente declarar que el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal es conforme con la Constitución.

2. Voto particular que formula el Magistrado don Luis Díez-Picazo a la Sentencia dictada en el recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983. Las razones por la que disenta de esta Sentencia eran varias: Para él considerar que una ley no es inconstitucional es la conclusión de un juicio jurídico, que no supone hacerse partidario de la ley o solidarizarse con ella. Coincide con la Sentencia en la legitimidad constitucional del llamado sistema de indicaciones y de las indicaciones contenidas en el proyecto de ley, aunque no comparte todas las razones en que tal conclusión se funda. Añade que cuando se señalan condiciones de seguridad del aborto, se está pasando insensiblemente del terreno del Código Penal a una

hipotética ley de legalización o liberalización que aquí no se ha producido. Dice que es muy difícil entender, constitucionalmente, que una conducta sea punible o deje de serlo por el número de médicos intervinientes o por el lugar en que se realice, porque una cosa es el Código Penal y otra la hipotética reglamentación administrativa de los abortos justificados o inculpables.

3. Voto particular del Magistrado don Francisco Tomás y Valiente en el recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983. Para este Magistrado, el Proyecto de Ley Orgánica impugnado es en todo conforme con la Constitución, discrepando así con el fallo y con el fundamento jurídico 12 en el que principalmente se basa su declaración de disconformidad con la Constitución. Muestra su acuerdo con la declaración de constitucionalidad de los supuestos en que el proyecto del art. 417 bis del Código Penal declara no punible el aborto; declaración contenida en el fallo y razonada en los fundamentos 9, 10 y 11 y con la idea de que el nasciturus aunque no es titular de un derecho fundamental a la vida, constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido., estando por tanto conforme cuando según la Sentencia, se produce un conflicto entre los derechos fundamentales de la mujer embarazada y un bien jurídicamente protegido que es la vida humana en formación (fundamento jurídico 9).

Alega que no encuentra fundamento jurídico-constitucional, único pertinente, para afirmar como se hace en la sentencia, que la vida humana «es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» (fundamento jurídico 3) o «un valor fundamental» (fundamento jurídico 5) o «un valor central» (fundamento jurídico 9). , pero frente a tan abstractas consideraciones sobre la vida como valor, dice el magistrado que llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: La libertad. De esa omisión deriva para el mismo la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada.

Para este Magistrado, el proyecto del art. 417 bis no contiene ni una legalización ni tampoco una despenalización del aborto (fundamento jurídico 12), sino la simple declaración de no punibilidad de determinadas conductas, manteniendo intacto el tipo delictivo del 411 del Código, que para él es de muy dudosa constitucionalidad.

4. Voto particular de los Magistrados don Ángel Latorre Segura y don Manuel Díez de Velasco Vallejo en el recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983. Estos magistrados discrepan de la mencionada sentencia haciendo uso de las facultades que le otorga el art. 164 de la Constitución Española (C.E.) y el art. 90.2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

Su primera y fundamental discrepancia recae sobre las atribuciones que al dictar esta Sentencia ha asumido el Tribunal Constitucional (TC), ya que por remisión en el mismo fallo al fundamento jurídico 12 de la Sentencia, indica al legislador lo que debe de hacer. Para este magistrado, en el caso del llamado aborto «terapéutico», el legislador debe exigir el dictamen de un especialista y tanto en este supuesto como en el del llamado aborto «eugenésico», el legislador debe prever una intervención del Estado mediante la obligación de que el aborto se realice en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto o mediante cualquier solución que el mismo legislador estime oportuna. Estas previsiones suponen, a su juicio, que el TC asume la función de introducir enmiendas en los proyectos de Ley que se someten a su enjuiciamiento mediante el recurso previo de inconstitucionalidad. No comparte, por tanto, la opinión expresada en la Sentencia de que el art. 79.4 b) de la LOTIC autoriza a este TC a indicar las modificaciones que, a su juicio, permitan la prosecución de la tramitación del proyecto de Ley por el órgano competente que, sin duda, son las Cortes Generales.

También discrepa sobre la argumentación en que se basa la declaración de inconstitucionalidad en los supuestos del aborto «terapéutico» y «eugenésico», ya que ningún reproche de inconstitucionalidad se formula al supuesto del aborto «ético».

En definitiva, las razones por las que votó en contra de la sentencia son porque invadía competencias del Poder Legislativo y porque en su opinión el TC debió declarar la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada por los recurrentes respecto al proyecto de Ley impugnado.

5. Voto particular que formula el Magistrado don Francisco Rubio Llorente a la Sentencia de fecha 11 de abril, dictada en el recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983. Las razones por las que votó en contra de la presente Sentencia pueden resumirse en el simple juicio de que con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la Constitución reserva al legislador; vulnera así el

principio de separación de poderes, inherente a la idea de Estado de Derecho y opera como si el Tribunal Constitucional fuese una especie de tercera Cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales. Para él, la mencionada Sentencia no es interpretativa, puesto que la Sentencia interpretativa ni es posible en el recurso previo, ni puede ser utilizada para invalidar la norma, sino al contrario, para preservar la validez; no respeta lo preceptuado en el art. 79.4 de la LOTC, que ordena al Tribunal indicar la infracción constitucional y deja a las Cortes el cuidado de efectuar las supresiones o modificaciones necesarias para evitarla y, por último, ignora absolutamente los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad que la Constitución consagra y de los cuales sí son titulares las mujeres embarazadas, cuya dignidad, al parecer ha de seguir siendo protegida por el tradicional procedimiento de considerar delictivo todo aborto, sean cuales fueren sus circunstancias.

2.7 BENEFICIO DEL ABORTO

Y para terminar una última cuestión que se pregunta MIRÓ I ARDEVOL, y es ¿a quién beneficia el aborto?

Dice que en primer lugar, las principales beneficiadas son en la actual situación española, las empresas que están dedicadas a este negocio.

En segundo lugar, a comportamientos masculinos poco responsables hacia la mujer y a formulaciones prácticas de machismo. Quien aborta es siempre ella, y quien sufre las consecuencias también, pese a que es el resultado de una relación compartida y voluntaria. La libertad no está atada en este caso, a la necesaria contrapartida de la responsabilidad. Esta actitud está favorecida por la negativa legal de implicar al padre en la decisión de abortar. A pesar de ser condición necesaria en la fecundación, estar vinculado al que ha de nacer por una relación tan fundamental como la paternidad, se le margina radicalmente del proceso de decisión. Bajo este punto de vista la paternidad no es considerada.

Y, por último, a la trivialización de la intervención, riesgos, y consecuencias. El aborto se extiende, como sucede más rápidamente entre las adolescentes y las jóvenes menores de 24

años que para el conjunto de la población femenina. El aborto pasa a convertirse en un método anticonceptivo más, entre la población joven¹⁷⁷

3. SOCIEDAD, MORAL Y DERECHO TRAS LA REFORMA 9/85: ESTADÍSTICAS, ÉTICA, EVOLUCIÓN JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA

3.1 EVOLUCIÓN JURÍDICA

Hasta el año 1985 el aborto en España era ilegal y su práctica constituía un delito con pena de cárcel como ya se ha dicho. El 5 de julio de 1985 el Congreso aprobó la Ley Orgánica 9/85, por medio de la cual se despenalizó, o legalizó, el aborto en 3 supuestos; un primer *supuesto terapéutico*, cuando haya grave riesgo para la salud física o psíquica de la madre; un *supuesto criminológico*, cuando haya habido violación; y finalmente, un *supuesto eugenésico*, cuando haya malformaciones o “taras” en el feto.¹⁷⁸

Aprobada al final de la transición política, tras el período franquista, pareció ser la única posible en aquellos momentos. A través de su larga vigencia, se ha revelado tan necesaria que los sucesivos gobiernos ni la suprimieron, ni la restringieron, ni intentaron siquiera limitar la interpretación extensiva con la que se aplicaba. Y es bien sabido que el alcance atribuido en la práctica al tercer supuesto de la ley vigente va más allá de lo que su propia formulación señala, puesto que amplía enormemente el concepto de salud psíquica hasta introducir, de hecho, la indicación social.

Esto, aunque cubra unas necesidades y problemas sociales evidentes y totalmente dignos de amparo, genera una situación de inseguridad jurídica puesta de manifiesto reiteradamente por los juristas y por los distintos colectivos implicados. Así, en este contexto, puede decirse que la reforma de la ley del aborto para que sus condiciones sean claras y accesibles, es una exigencia

¹⁷⁷ Vid. MIRÓ I ARDÉVOL, J. “Aborto y políticas Públicas”. Instituto de Estudio del Capital Social (Incas). Octubre 2008. pág. 54.

¹⁷⁸ Vid. SAUQUILLO, M. “La modificación de la ley de aborto aleja a España de Europa.” EL PAÍS, Madrid. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/12/actualidad/1331527349_775641.html. (Consultado el 20 de Abril de 2014).

democrática que proporciona seguridad jurídica, es cuidadosa con los derechos de las mujeres y representa una opción respetuosa con aquellas que deciden no abortar.¹⁷⁹

¿Cómo se llevó a cabo? Durante la década de los ochenta comienza la liberalización del aborto. En las elecciones de 1982 y con el triunfo del PSOE comienza la reforma del aborto.

Ya que su programa electoral contenía importantes proyectos de reforma. Una de las cosas que pretendían era modificar las leyes sobre el aborto de la época franquista. Entraba esta reforma dentro de un apartado destinado a reformar las leyes penales, adecuando el código penal a la sociedad española.¹⁸⁰

Así se refería a "la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en situaciones de peligro para la vida de la madre, peligro de nacimiento con graves patologías físicas o psíquicas y violaciones, asegurando el respeto a la libre conciencia de cada ciudadano".

Fue un tema conflictivo en el propio partido, pues unos defendían el aborto sin ningún tipo de restricción y otros sin embargo lo admitían pero limitando su legalidad.

En 1983 se aprueba por el Parlamento el proyecto sobre el aborto que presenta el Gobierno socialista a principios de ese mismo año.

Sin embargo la ley se recurre por la oposición ante el Tribunal Constitucional, bloqueándose la reforma. Posteriormente el Tribunal Constitucional exige que se realicen algunas modificaciones en el proyecto una vez declarada la constitucionalidad de éste por sentencia. Una vez realizadas éstas en junio de 1985 se aprueba la ley.

Un año después se amplía con un Decreto del Ministerio de Sanidad.

¹⁷⁹ Cfr. CASADO, M." *A propósito del aborto*". Revista de Bioética y Derecho núm. 12.Enero 2008. págs. 17 y 18.

¹⁸⁰ Cfr. BARRERIO PÉREZ-PARDO, B., "*Democracia y conflicto moral: la política del aborto en Italia y España*". Febrero 1998. Tesis doctoral Universidad Autónoma de Madrid. pág. 144.

La reforma del Código Penal, en la que figuraba la despenalización del aborto, estaba prevista para junio pero el Gobierno había decidido adelantar para el mes de febrero la modificación de algunos artículos que se consideraban más urgentes.¹⁸¹

Hay que señalar que tanto para la mayoría de los ministros del Gobierno y parlamentarios socialistas, el proyecto sobre el aborto representaba un primer paso liberalizador es decir, que entendían que en el futuro se podría plantear otra reforma más proabortista. En este sentido, por tanto, los socialistas planteaban un proyecto moderado pero dentro de lo que se pensaba que podría ser un acercamiento incremental a la cuestión del aborto.¹⁸²

Con respecto a la Iglesia, sin perjuicio de la total oposición al aborto por su parte, que quedó claramente de manifiesto en varios comunicados de la Conferencia Episcopal, entre otros, en cuanto a sus relaciones con el gobierno se centró en otras cuestiones como la educación por ejemplo y no en el aborto. Así, aunque el PSOE cambiase su posición ante el aborto con vistas a no chocar con los intereses católicos (de la Iglesia y de los electores), no se introdujeron cambios a favor de lo demandado por la Iglesia.

Otro grupo afectado por la cuestión del aborto fue el movimiento feminista que, como tal, no tuvo incidencia en la política del Gobierno ya que realmente es un grupo sin mucha fuerza movilizadora, ni capacidad para influir en las políticas gubernamentales.

Sin embargo el feminismo institucional sí que ha tenido capacidad para transmitir las demandas de cambio para las mujeres. Por ejemplo Instituto de la Mujer, creado por el Gobierno socialista en octubre de 1983 como organismo autónomo dependiente, primero, del Ministerio de Cultura y del Ministerio de Asuntos Sociales después. Aunque no influyeron en el contenido de la Ley del aborto, el Instituto de la Mujer sí que desempeñó un papel relevante a la hora de definir las normas para la puesta en práctica de la política. Realizó varios informes sobre el alcance de la Ley, detectó la mala aplicación inicial de la misma y transmitió la necesidad de formular nuevas normas que hiciesen más fácil el acceso al aborto.

Algunas de las demandas quedaron plasmadas en el Decreto de 1986.

¹⁸¹ *El País*, 3 de enero de 1983.

¹⁸² BARRERIO PÉREZ-PARDO, B., “*Democracia y conflicto moral: la política del aborto en Italia y España*”, op. cit., pág. 155.

Con respecto a la opinión pública, el Gobierno había justificado el proyecto alegando que estaba cumpliendo una promesa electoral y respondiendo a la voluntad de la mayoría de los españoles, manifestada en de una encuesta.

El Centro de Investigaciones Sociológicas llevó a cabo una encuesta sobre las actitudes ante el aborto. La conclusión a la que llegó esta institución corroboraba de nuevo el argumento del Gobierno: la mayoría de los españoles estaban a favor del proyecto de reforma.

Dos cuestiones fundamentales eran la de esta encuesta, la primera saber si se estaba de acuerdo con los supuestos que querían despenalizar, y segunda y apoyaban el aborto libre. Se reducía a ello la encuesta, no cabía ampliar más posibilidades.

Todas las respuestas a favor del aborto en los diferentes supuestos superaban el 50 por ciento, únicamente el 24 por ciento de los entrevistados estaba de acuerdo con la autorización del aborto siempre que la madre lo decidiese libremente.

En otra encuesta de 1985 el CIS se preguntó también por el aborto en casos socio-económicos determinados. El resultado fue que el 31 por ciento de los entrevistados estaba a favor de la indicación socioeconómica.

¿Cuál es el contenido exacto de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal?

La L.O. 9/1985 introduce el artículo 417bis al código penal mediante el cual se despenaliza el aborto en ciertos supuestos. La ley orgánica 10/1995 del Código Penal deja vigente el artículo 417bis del antiguo código¹⁸³.

¹⁸³ Artículo 417 bis (antiguo código penal) : "No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección en un establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1º: Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia o riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. 2º: Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3º: "Que se presuma que el feto habrá de nacer

La Ley Orgánica 9/1985, que acabo de citar literalmente, introdujo pues, en España el aborto¹⁸⁴.

Se cuestionó la legitimidad de toda esta regulación de entonces. El aborto eugenésico, por ejemplo, se podía considerar contrario al art. 49 de la Constitución Española, que obliga a los poderes públicos a realizar “una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos”.

Además en la práctica, a pesar de un diagnóstico prenatal que aconseja abortar en esos supuestos, hay muchos casos reales que el embarazo ha llegado a buen término teniendo niños sanos cuando se ha decidido seguir adelante pese a estos consejos o diagnósticos. Además, en este mismo supuesto, en cuanto al dictamen previo, aunque debe ser firmado por dos especialistas de algún centro acreditado para practicar abortos, no se exige ninguna especialidad concreta, ni siquiera médica, según la jurisprudencia, es suficiente con el dictamen de un psicólogo, por ejemplo.

En cuanto al aborto ético, tampoco parece razonable, ni proporcionado jurídicamente, configurarlo como una indicación separada de la relativa al llamado aborto terapéutico, aunque

con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, ex presado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”.

¹⁸⁴ La mayoría parlamentaria socialista optó entonces por un sistema mixto de indicaciones y plazos¹⁸⁴. De modo que, a partir de entonces, el aborto en España no estaba penalizado en una serie de supuestos, estando penalizado en todos los demás, en teoría. Porque según se interpreten los supuestos legales, alguno podría quedar fuera de la despenalización. Los supuestos, que requerían el consentimiento expreso de la mujer, eran, en primer lugar cuando existía un “grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada”, sin límite de tiempo, hasta el momento del parto; en segundo lugar, cuando el embarazo era consecuencia de un delito de violación, hasta el plazo máximo de 3 meses (12 primeras semanas de embarazo); y, por último si se presumía que el feto iba a nacer con graves taras físicas o psíquicas, hasta el plazo máximo de 5 meses y medio (las 22 primeras semanas de embarazo). Estas indicaciones reciben el nombre, respectivamente, de indicación terapéutica, ética y eugenésica. Además del consentimiento expreso de la madre y del plazo también se exigía para que fuese legal, en el caso de aborto terapéutico, que interviniese un médico especialista que indicara el peligro para la madre y que fuese distinto del que fuese a practicar el aborto o bajo cuya dirección se realizase. En caso de urgencia se podía prescindir de dicho dictamen y también del consentimiento expreso de la mujer. El aborto ético era legal si se había denunciado el delito. Y, el aborto eugenésico lo era cuando hubiese un dictamen anterior emitido por dos especialistas de algún centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado para practicar abortos.

en sus justos términos. Es decir, el aborto ético sólo parece legítimo cuando provoca en la mujer violada un conflicto tal, que llega a poner en grave peligro su propia vida. Y esto dependerá de cada caso. Aparte de que estadísticamente los casos de embarazo después de violaciones arrojan índices muy bajos, porque la propia naturaleza de la mujer tiene mecanismos de autodefensa, y la violencia sobre ella posiblemente inhibe la ovulación y, en consecuencia, eso impide que pueda haber fecundación.

Y por lo que se refiere al aborto terapéutico, al no sujeto a plazo alguno parece que comportaba una dejación de garantías jurídicas por parte del Estado, para proteger la vida del no nacido. Además del grave peligro para la vida de la madre, el aborto se despenalizaba también cuando existía un peligro grave para la salud física o psíquica de la madre. No es igual que peligre gravemente la vida, a que peligre gravemente la salud física o psíquica, como consecuencia de la maternidad, pues parece que no justificaría que se pudiera abortar en cualquier momento de la gestación. Podría contradecir uno de los principios más permanentes en la tradición jurídica que es el de no dañar a otro, y menos todavía hasta el punto de quitarle la vida. Por el contrario, si se da la circunstancia de un grave peligro para la vida de la madre, en realidad, se trataría de un estado de necesidad en que existen dos vidas en juego, una dependiente y otra independiente, lo que podría determinar que para salvar una de las dos, se pierda la otra. Se trata entonces de una de las causas que eximen de la responsabilidad penal, con arreglo al art.8.7 del vigente Código Penal.

Después de esto, el 30 de noviembre de 1990, España ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño (de 20 de noviembre de 1989), cuyo artículo 1, a los efectos de determinar el alcance subjetivo de la protección prevista por la Convención, define al niño como “todo ser humano menor de 18 años de edad”. ¿Son niños los no nacidos a estos efectos? La respuesta puede encontrarse en el Preámbulo de la misma Convención que tiene, como cualquier Exposición de Motivos, un valor interpretativo. En dicho Preámbulo se repite algo que ya afirmaba la Declaración de los Derechos del Niño de 1959: “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Y es evidente así, que la Convención de 1989 se refiere al niño como todo ser humano que no haya cumplido 18 años y, según aclara el Preámbulo, también antes de nacer.

Por ello legislación española estuvo obligada a partir de 1990, también por esta Convención, a proteger al no nacido y a establecer las garantías necesarias para que los “intereses” de la madre no pudieran prevalecer sobre la vida del hijo. Ello confirmó la protección jurídica del no nacido, que vino a declarar el Tribunal Constitucional, como exigencia derivada del propio art.15 CE, en la Sentencia que resolvió el Recurso contra la Ley Orgánica 9/1985, que despenalizaba el aborto en los supuestos indicados. STC 53/1985 a la que ya se ha hecho mención anteriormente y que simplemente como recordatorio decir que en ella se declaraba que el artículo 15 CE sí protege la vida del no nacido. Y por ello, impuso al legislador una serie de supuestas garantías para la vida del *nasciturus*.

Hubo posteriormente un nuevo proyecto socialista de despenalización del aborto del año 1995, que caducó en enero de 1996, porque se disolvieron las Cámaras anticipadamente y, después, los socialistas perdieron esas Elecciones Generales. Se pretendía introducir la indicación socio-económica para despenalizar el aborto durante las 12 primeras semanas de gestación. Aunque se condicionaba la “legalidad del aborto” a que la mujer se sometiera a una entrevista ante la Administración, para asegurar que pudiera reconsiderar su decisión, previo asesoramiento médico (relativo a los riesgos) y jurídico (relativo a las ayudas sociales de apoyo al embarazo). Efectuada la entrevista, ésta quedaba certificada y no se podría abortar antes de que pasasen 3 días, desde la entrevista. Las otras indicaciones de despenalización se mantenían igual.

Parecía este modelo ser igual al alemán de despenalización, después de la caída del Muro de Berlín. Y no hay que olvidar que, en los Acuerdos para la reunificación de Alemania, la cuestión del aborto fue uno de los puntos más problemáticos. Porque en la República Federal había desde 1975 un sistema de indicaciones para embarazos problemáticos, indicaciones relativas a la vida de la madre, violación y graves daños en la salud de la madre o del niño. Aunque no coinciden del todo con nuestras indicaciones, que son bastante más imprecisas. Porque en el modelo alemán se exige que concurren graves daños para la salud de la madre o del niño, mientras que en el modelo español se prevé que concorra grave peligro para la salud de la madre, o que se presuman graves taras en el hijo. El modelo alemán se refiere a daños concretos, mientras que el modelo español se refiere a riesgos y a presunciones, mucho más ampliamente.

3.2 JURISPRUDENCIA

Las acciones que en la doctrina anglosajona se conocen como «WrongfulBirth» y «Wrongfullife» es decir, acciones en el orden civil en las que los progenitores de un hijo que ha nacido con malformaciones o afecciones van contra los médicos responsables del seguimiento del embarazo por haberles impedido la interrupción voluntaria del embarazo (y legal) cuándo era aún posible, han sido objeto de distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Unos a favor y otros en contra de dicha responsabilidad civil.

A favor, por ejemplo, tenemos las sentencias 6.6.97 y 18.12.2003, en las que se ha considerado el nacimiento de un hijo malformado como un daño, la posible interrupción legal del embarazo como un auténtico derecho de la madre, y en cuanto a la certidumbre sobre dicha decisión ex ante, ha considerado suficiente la mera declaración de la gestante, con el resultado de indemnizar a los padres -en la primera- y a los padres y al hijo en la segunda.

Y, en contra de esa responsabilidad civil, tenemos otras dos sentencias, que son la 4.2.99 (sentencia que desarrollo por parecerme interesante en el siguiente punto) y 7.6.02 que han negado condición de daño al nacimiento del hijo, no han reconocido la opción abortiva legal como derecho y han negado que la mera declaración de la madre sea suficiente para acreditar la realidad de la decisión abortiva.¹⁸⁵

Se puede destacar en este aspecto la **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1999** en la que resumiendo los antecedentes de hecho, sería que en un hospital del Instituto Nacional de la Salud, en Salamanca, nació una niña con graves y múltiples anomalías congénitas. No se pensó que se trataba de un embarazo de alto riesgo, de modo que recibió la vigilancia y tratamiento previstos reglamentariamente para los de bajo riesgo. Así, la embarazada fue objeto de tres ecografías de nivel I, en los momentos establecidos. Nada anormal revelaron las mencionadas pruebas. Según los informes técnicos obrantes en autos, cuando se realizan ecografías de nivel II, y no de nivel I, y, además, por especialistas, y no por el ginecólogo -cautelos que se observan cuando hay noticia de que se está ante un embarazo de alto riesgo- existe un porcentaje del 75 por ciento de probabilidades de detectar semejantes anomalías en el feto, aunque también depende de la postura de éste.

¹⁸⁵ Vid. SALÁS DARROCHA, T. Abogado. Publicación: Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num.11/2005 parte Artículo Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2005.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Salamanca absolvió a la ginecóloga, reconociendo que había obrado conforme a la *lex artis*, y condenó al Instituto Nacional de la Salud al pago de una indemnización de 75 millones de pesetas.

Invoca para justificar la condena del Instituto Nacional de la Salud tres causas:

1. Responsabilidad *ex art.* 1902 la no dotación necesaria para las ecografías a realizar» arguye «mal funcionamiento» del hospital y, por ende «actuación culposa» del Instituto Nacional de la Salud.
2. Responsabilidad *ex art.* 1903.4. absuelve a la ginecóloga porque su comportamiento profesional «ha sido correcto e irreprochable» y condena al Instituto Nacional de la Salud porque no vigiló adecuadamente a esa profesional...
3. Responsabilidad objetiva *ex art.* 106 de la Constitución Española y art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

La Audiencia Provincial de Salamanca estimó el recurso del Instituto Nacional de la Salud y revocó la sentencia del Juzgado: desestimó la demanda y absolvió a todos los demandados.

Así corrigió los errores del Juzgado. La responsabilidad por negligencia, bien de la ginecóloga bien del Hospital, se rechaza al constatar que aquella «observó los protocolos necesarios establecidos a la condición del embarazo, calificado sin variación en su tracto, de normal y bajo riesgo, todo ello a partir de las distintas auscultaciones, análisis y demás pruebas que periódicamente y en las fechas aconsejadas por la praxis se practicó y en particular por las ecografías aplicadas y aplicables a tales supuestos y naturaleza de la gestación también se excluye la posibilidad jurídica de montar una responsabilidad por hecho de otro: «tampoco podrá apreciarse la directa y solidaria en su caso, que no subsidiaria del artículo 1903, imputada al Instituto Nacional de la Salud.

También se rechaza, con toda razón, la pretensión de la *mutatiolibelli* (último motivo dado).

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por los padres de la niña y confirmó todos los argumentos de la Audiencia.

Sobre la misma cuestión se podría mencionar otras sentencias interesantes.

1- Por ejemplo la **Sentencia de 1998 del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998**(*LA LEY*, 1998, 7511), ¹⁸⁶ indica lo siguiente «...la sentencia de primera instancia incluye entre los conceptos indemnizables por la incorrecta operación de ligadura de trompas para evitar la concepción, el daño moral a la actora, producido, dice, por los embarazos no deseados, punto de vista que no se puede compartir, porque la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores...». ¹⁸⁷

2-Sentencia de Tribunal Supremo de 1 de abril de 1998 declara no haber lugar a los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional interpuestos por quienes fueron condenados por la Audiencia Provincial de Oviedo como autores de un delito de aborto.

Se declararon hechos probados en la primera sentencia que una mujer de dieciocho años de edad, soltera y vecina Asturias quedó embarazada y tras comentar su estado a su novio, el cual no le hizo indicación alguna para que interrumpiera el embarazo -es más, él fue quien denunció los hechos enjuiciados-, tomó personalmente la decisión de abortar en razón a su juventud, estado civil y situación económicas y familiar, a cuyo fin acudió en febrero de 1995 a una clínica de Oviedo (acreditada, entre otras actividades, para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo) donde fue examinada en primer término por el acusado "X", ginecólogo de dicho Centro quien, tras constatar su estado de gravidez y la ausencia de peligro físico por la continuación del embarazo, la remitió a la médico psiquiatra de la referida Clínica, la también acusada, "Y", toda vez que aquél era consciente de que, para practicar el aborto, precisaba un informe facultativo previo en el que se reflejara la concurrencia de una causa que justificara legalmente la interrupción de la gestación. En consecuencia, la joven embarazada pasó a entrevistarse con la psiquiatra acusada la cual, tras conversar con la joven

¹⁸⁶ Puede verse el extracto de esta sentencia en el número de esta de 6 de agosto de 1998.

¹⁸⁷ Vid. BUSTOS PUECHE, J.E (Profesor Titular de Derecho Civil). Universidad de Alcalá. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-158, tomo 3, Editorial La Ley. La Ley 11093/2001.

durante unos diez minutos y siendo plenamente consciente de la ausencia de sintomatología que aconsejara la práctica de un aborto terapéutico para evitar graves daños psíquicos a la embarazada, emitió, no obstante el siguiente informe: "Refiere síntomas tales como pinchazos y ahogos equiparables a crisis de angustia, ansiedad importante habitual, muy sugestionable, rasgos fóbicos, situación actual: Ansiedad, equivalentes somáticos de angustia, insomnio, emesis importante (tres cruces), mareos, dolor abdominal. Dictamen: En función de los antecedentes relatados y del estado actual de sus trastornos, la continuación de su embarazo en las circunstancias actuales implica un grave riesgo para su salud psíquica".- Así las cosas, el acusado "X", ateniéndose únicamente a la parte final del dictamen psiquiátrico y sin advertir que los síntomas genéricos e inespecíficos que se consignaban en el mismo eran claramente insuficientes e inadecuados para justificar la interrupción de la gestación provocó, no obstante, el aborto a la joven bajo anestesia general sin complicaciones postoperatorias.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos a la acusada 'Y' como autora criminalmente responsable de un delito ya definido de aborto, sin circunstancias modificativas, a las penas de un año de prisión y dos años de inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados; y al acusado 'X' como autor criminalmente responsable del mismo delito ya definido de aborto, sin circunstancias modificativas, pero concurriendo error vencible sobre la ilicitud del hecho, a las penas de seis meses de prisión y ocho meses de inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados; también les condenamos al pago de las costas procesales por mitad."

EL TS declara posteriormente la correcta la calificación de los hechos enjuiciados como constitutivos de dicho delito puesto que no concurre ninguno de los supuestos en los que el aborto queda justificado. No puede estimarse el error de hecho en la apreciación de la prueba alegado puesto que el objeto del mismo no consiste en la realización por parte del recurrente de una nueva valoración de la misma. Cuando se introducen en la causa hechos impeditivos, la carga de la prueba de los mismos corresponde a quien los aduce. El informe emitido por la psiquiatra no exonera de responsabilidad al médico que practicó el aborto, dadas las graves

deficiencias técnicas del mismo. No han resultado vulnerados los principios de legalidad, seguridad jurídica, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva puesto que la procesada ha podido acceder a los órganos jurisdiccionales, alegar cuanto estimó oportuno en su defensa, siendo todos los medios probatorios obrantes sometidos a debate contradictorio. A efectos de error en la apreciación de la prueba no puede alegarse como fundamento del mismo el cuerpo del delito.

3- También un Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo de una sentencia de la Audiencia Provincial sobre delito de aborto y responsabilidad civil subsidiaria de la clínica de 13 de noviembre de 2003.¹⁸⁸ Dónde una mujer de 25 años de Teruel acude a abortar a una clínica de Castellón debidamente autorizada.

Se le realiza una ecografía para comprobar el estado de gestación afirmando que estaba de entre 8 y 9 semanas. La asistente social de la clínica le tomó los datos necesarios para su hoja clínica ginecológica (antecedentes biológicos y obstétricos), y estuvo presente mientras respondía rellenando el formulario del Test de Hamilton que se le facilitó, y una vez lo cumplimentó se le citó a otra clínica también de Castellón, donde pasaba consulta el también acusado y médico F. quien tras comprobar el resultado del referido test, “39 puntos en la escala de valoración de Hamilton para la depresión”, dictaminó acogiendo al primer supuesto de la ley de despenalización del aborto, “Considero que la prosecución de su gestación supone probablemente un grave peligro para la salud”, dictamen fechado y firmado de su puño y letra, el día 3 de abril de 1992. Tras esto se le intervino, durante aproximadamente veinticinco minutos, practicándosele un legrado por aspiración que logró la interrupción de su embarazo. Durante el mismo se le perforó el útero a la paciente, por lo que la tuvo que operar de emergencia y trasladarla al hospital pues incluso corría peligro su vida. El resultado fue la pérdida del útero, lo que le convirtió en una mujer estéril a los veinticinco años, y de cuarenta y tres centímetros de intestino delgado, así como una cicatriz umbilical de trece centímetros de longitud y dolores abdominales esporádicos.

La Audiencia Provincial se pronunció condenando al médico que practicó el aborto como autor responsable de un delito de aborto en concurso ideal con un delito de imprudencia profesional

¹⁸⁸ RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EDJ 2003/152580 .Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13 de noviembre de 2003, núm. 1497/2003.

ya definidos a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial por tiempo de cuatro años para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados durante el tiempo de la condena, debiendo indemnizar a la mujer en la cantidad de 10.960.000 pesetas, con intereses legales, declarándose responsable civil subsidiario a la clínica y condenando al psicólogo como autor responsable de un delito de aborto ya definido, a la pena de un año de prisión, inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados durante un año, y absolvieron a los futuros padres del delito de aborto del que fueron acusados por el Ministerio Fiscal.

Los dos médicos interpusieron recurso de casación.

El fallo por el Tribunal Supremo es absolver al psicólogo por el delito de aborto y la absolución también del médico que practicó el aborto de los delitos de aborto en concurso medial con lesiones graves causadas por imprudencia profesional por los que había sido condenado en la sentencia dictada en la instancia, y se le condena como autor de un delito de lesiones graves con resultado de esterilidad a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica durante el tiempo de la condena y al pago de un octavo de las costas del proceso.

Se mantiene los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia relativos a las responsabilidades civiles directa y subsidiaria.

4- Otro Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo por una Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada por delito de aborto.¹⁸⁹

Supuesto punible: incumplimiento de la exigencia legal de que el informe sobre el riesgo para la vida o la salud física o psíquica de la madre sea emitido por médico especialista distinto del que lleva a cabo la intervención. Redacción del dictamen por la psicóloga de la clínica en la que se practicó la interrupción del embarazo. ERROR DE PROHIBICIÓN. Sobre la necesidad de una titulación concreta para acreditar el grave riesgo que supone la gestación para la salud psíquica

¹⁸⁹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 2002/2000 de 19 Sep. 2001, Rec. 3068/1999.

de la madre. Evitabilidad del error. Representación de la ilicitud del aborto tanto por el director de la clínica y por el médico que llevó a cabo la interrupción de la gestación con amparo en el dictamen emitido por una psicóloga, como por la propia psicóloga. Conocimiento por parte de los profesionales que participan en este tipo de intervenciones de los presupuestos y condicionamientos legales para la despenalización del aborto.

En este caso se condena por un delito de aborto en la AP al director de la clínica, al médico que realiza el mismo y a la psicóloga que emite el informe.

Los hechos recogen que una mujer acude a una clínica adecuadamente autorizada de Granada para la interrupción de su embarazo. Le hicieron una analítica y ecografía y fue entrevistada por Barbara, mayor de edad penal, sin antecedentes penales, licenciada en Filosofía y Letras (Filosofía y Letras de la Educación) y teniendo superados los estudios universitarios correspondientes organizados por la Facultad de Psicología, de Granada, emitió un diagnóstico que decía, escrito de puño y letra, “grave reacción depresiva que trastorna el curso normal del embarazo no deseado”, escrito sobre un impreso que a continuación expresaba estar embarazada 72 semanas, y consideró que esa enfermedad suponía un grave peligro para su salud, por lo que estimó oportuna la indicación de interrumpir el embarazo, acogándose al primer supuesto de la Ley de despenalización del aborto.

La contrató el director de la Clínica Daniel, teniendo ambos conocimiento de que no estaba cualificada para esta misión y lo hacía con el objeto de cubrir las apariencias legales, para simular que se daban los presupuestos para practicar el aborto; cubierto el trámite, también sabedor de todas estas irregularidades Abelardo, mayor de edad penal y sin antecedentes penales, practicó la intervención médica que logró la interrupción del embarazo.

El fallo de la Audiencia Provincial condena a los tres por delito de aborto e inhabilitación especial.

El fallo del Tribunal Supremo con respecto al recurso de casación es la condena del director de la clínica y del médico que practicó la intervención con aplicación de la pena inferior en un grado. Absolución de la psicóloga por la irrelevancia penal de su conducta.

3.3 ESTADÍSTICAS

En cuanto a las estadísticas y recordando que estamos analizando la situación con la Ley del 85 (incluyendo los años inmediatamente anteriores y posteriores para una mejor comparación), Margarita Delgado ¹⁹⁰ utilizando fundamentalmente los datos del Movimiento Natural de la Población (MNP) del Instituto Nacional de Estadística (INE) que proporciona el número de nacidos vivos por lugar de residencia, edad y estado civil de la madre, entre otras clasificaciones, hace un estudio que compara el número de embarazos con el de abortos entre éstos.

También tiene en cuenta el MNP, las muertes fetales tardías (fallecimiento antes de la completa expulsión o extracción del cuerpo de la madre, de un producto de la concepción viable), ya que forman las estadísticas de partos necesarias para calcular tasas de embarazos.¹⁹¹ Apuntar que la OMS recomendaba utilizar el criterio del peso para determinar si el feto era viable o no habiendo utilizado anteriormente el criterio de las semanas de gestación.

En España se utilizaba para determinar la muerte fetal tardía el criterio de feto muerto con seis o más meses de gestación (y con notificación al Registro Civil).

Otro componente de las tasas de embarazo, dice, lo constituyen los abortos espontáneos o voluntarios. El Ministerio de Sanidad y Consumo es el que se encarga de las estadísticas de las interrupciones voluntarias del embarazo.

EL dato de que no se comunican todas las interrupciones lo asume como entendido, por lo que hay que entender que las cifras están infraestimadas.

De los abortos espontáneos con una duración inferior a 6 meses de gestación tampoco hay estadísticas oficiales ya que no es obligatorio notificarlos. Por lo que podrían ser algo más elevados los datos oficiales.

¹⁹⁰ Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

¹⁹¹ Cfr. DELGADO, M., *“La evolución reciente de la fecundidad y el embarazo en España: la influencia del aborto”*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. págs. 86 y 87.

Algunas estimaciones datan esto en un 1 por ciento como máximo (al igual que las muertes fetales tardías).

Entre 1975 y 1987 las tasas de fecundidad y embarazo resultan prácticamente equivalentes, pues antes de la entrada en vigor de la ley despenalizando la IVE no existen datos oficiales de los abortos clandestinos realizados.

Así, con todos estos datos, como resumen de toda la información obtenida, apunta las siguientes conclusiones:

- 1- Las tasas de fecundidad de los diferentes grupos de edad muestran una descendencia desde 1975 a principios de los 90. A partir de aquí se empieza a recuperar, pero sólo para mujeres en la treintena. Para el resto de edades sigue descendiendo.
- 2- La evolución entre 1987 y 1995 de la tasa de fecundidad y del embarazo debido a la influencia del aborto, se puede apreciar que los embarazos que en mayor proporción desembocan en aborto se observa entre las mujeres mayores de 40 y las adolescentes. Entre los 25-90 años son las que en menor medida acuden al aborto, quizás porque el embarazo en estas edades sea algo más planificado.
- 3- La proporción de abortos que se registran en España sobre el total de embarazos muestra cifras bajas con respecto a otros países europeos, únicamente Alemania y Holanda estaría por debajo.
- 4- La reflexión que se puede hacer de esto para nuestro país, es que los porcentajes de aborto con respecto a los embarazos no se corresponden con la disponibilidad o facilidad de acceso de los métodos anticonceptivos. Con respecto a las más jóvenes si podría ser por un desconocimiento de éstos, aunque parece más una falta de concienciación del riesgo de embarazo que supone una relación sexual, o en la asunción de ese riesgo. Y en las de mayor edad, quizás por la elección de métodos menos eficaces o en la asunción de riesgos porque a cierta edad disminuye la fertilidad.

Estos son los datos recogidos y proporcionados por el Ministerio de Sanidad de España desde 1985 hasta 2010 (fecha de la nueva Ley).¹⁹²

¹⁹² <http://www.abortono.org/cifras> .www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica (Consultado el 14 de septiembre de 2014)

1985	9	1999	58.399
1986	467	2000	63.576
1987	16.766	2001	69.857
1988	26.029	2002	77.125
1989	30.552	2003	79.788
1990	37.231	2004	84.985
1991	41.910	2005	91.664
1992	44.962	2006	101.592
1993	45.503	2007	112.138
1994	47.832	2008	115.812
1995	49.367	2009	111.482
1996	51.002	2010	113.031
1997	49.578		
1998	53.847	TOTAL	1.574.724

A estas cifras habría que añadir todos los abortos químicos extrahospitalarios **no registrados** cometidos mediante abortivos de farmacia, tales como la Píldora del Día Después (PDD).

Los datos de los que dispone el Ministerio de Sanidad proceden de un registro común, que a su vez se nutre de los registros de las diferentes comunidades autónomas. De hecho, cada I.V.E que se realiza ha de quedar registrada y ha de ser notificada por el médico que la practicó a la Comunidad Autónoma donde se ha llevado a término. Cada seis meses, estos datos son enviados a la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Sanidad, donde se reúnen y se preparan los datos epidemiológicos.

Por supuesto, se trata de datos confidenciales. Y, de hecho, ni siquiera se envían datos personales, sino agregados (es decir, la suma total de IVEs realizados). Rige, como en cualquier otro acto médico, el secreto profesional.

Si nos centramos en los datos disponibles, observaremos que el número de abortos practicados en España en 2009¹⁹³, antes de la entrada en vigor de la ley de 2010, era de 11,41 por cada mil mujeres, mientras que en 2012 era de 12,01. La liberalización a la hora de comprar la píldora postcoital, sin receta médica, ha ayudado a estancar el número de abortos en los últimos años.

Por otra parte, el Instituto de Política Familiar (IPF), presentó en 2005 un informe cuyo título significativo decía “EL ABORTO ES LA PRINCIPAL CAUSA DE MUERTE EN ESPAÑA”.

Era un informe sobre la “Evolución del Aborto en España: 1.985-2.005” coincidiendo con el 20 aniversario de su legalización en España.¹⁹⁴

Comenzaba éste con datos preocupantes, haciendo referencia a la caída vertiginosa de la natalidad, un 36% menos hasta el año 1996 y debido casi exclusivamente a la natalidad de la madre extranjera representando el 13,7% del total e incrementándose en un 16,6% respecto al 2003.

A esto hay que sumarle, decía el informe el aumento paulatino de las defunciones (22%) pero sin tener en cuenta las defunciones por aborto, que hubiera provocado un aumento de defunciones muy considerable (48,3% de incremento).

Recogía luego datos como que en 2003 se producía en España un aborto cada 6,6 minutos (79.870 abortos en ese año). Esto significa que uno de cada seis embarazos termina en aborto, y como muestras del significado de estas cifras, recogía el informe datos puntuales y significativos en cuanto a cifras tales como que:

1. Cada día 220 niños dejan de nacer en España por abortos, esto equivale que cada tres o cuatro días desaparecería un colegio de tamaño medio en España por falta de niños.
2. El número de abortos que se produjeron en el año 2.003 equivale a la población total de ciudades como Soria y Teruel, o a la mitad de poblaciones como Ávila, Segovia, Palencia, etc.

¹⁹³ DATOS DEFINITIVOS ABORTO 2009. Cada año el Ministerio de Sanidad presenta un informe al respecto. www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/docs/IVE_2009.pdf

¹⁹⁴ Información obtenida de <http://www.ipfe.org/informeaborto19852005.pdf>

3. El número de abortos producido hasta la fecha equivaldría a la totalidad de los nacimientos que se han producido en España durante los años 2.002 y 2.003, es decir como si en España no se hubiera ningún nacimiento durante dos años y sólo se hubiesen producido defunciones.

Con todo ello concluía el citado informe considerando al aborto la principal causa de mortalidad en España recogiendo que el aborto se ha convertido en la principal causa de mortalidad en España, muy por encima de accidentes de tráfico, muertes por homicidio, suicidios, sida o drogas, que, incluso, han reducido en este tiempo su incidencia, a excepción de las defunciones por aborto. Así mismo, las defunciones por aborto están por encima de defunciones por otras enfermedades de las citadas.

Sobre las características de los abortos, se refería a la reducción significativa de la edad media de las personas que abortan.

En el año 1.991, los abortos se daban, sobre todo a partir de los 25 años, siendo los cuatro grupos principales eran de 20-24 años, de 25-29 años, de 30-34 años y de 35-39 años.

El grupo de las edades adolescentes (menos de 19 años) era muy poco significativo siendo ya mayoritarias en las personas menores de 24 años.

En el año 2.003, son las personas menores de 24 años las principales edades de aborto (que engloba a los grupos de 20-24 y menores de 19 años).y siendo cada vez más importantes los abortos en adolescentes ya que uno de cada 7 abortos (13,7%) (10.957 abortos) se produce en adolescentes menores de 19 años.

También referenciaba brevemente que las administraciones han abordado la problemática de muchas defunciones con medidas preventivas y con el objetivo de reducir y amortiguar sus efectos negativos, logrando resultados muy satisfactorios pero “ignorando y abandonando” la problemática de las defunciones por aborto.

En cuanto a las campañas para evitar embarazos, también se critica que el uso del preservativo se recomienda en ellas fundamentalmente para evitar la transmisión de enfermedades como el sida y promocionar las “Relaciones sexuales seguras” considerando el informe esto último como un fracaso rotundo de las administraciones ya que a pesar de las gran cantidad de

medios económicos destinados las defunciones por aborto no solo se han reducido sino que se han incrementado de manera considerable, además de aumentar los abortos en las adolescentes.

Por último, el IPF, termina realizando una serie de propuestas, como son:

- Creación de una Comisión Interministerial dependiendo del Ministerio de Sanidad que aborde la problemática de las defunciones por aborto e implemente medidas encaminadas a su reducción así como a combatir sus efectos negativos.
- Elaboración de un Plan Nacional sobre Natalidad, de carácter trianual, con dotación presupuestaria suficiente.
- Creación de Centros de Ayuda, Atención y Asesoramiento (CAAA) a la mujer embarazada que ayude a todas las madres, solteras o casadas, a tener sus hijos.
- Promoción y ayuda, a través del 0,5% del IRPF, a aquellas ONGs que se dediquen a apoyar a las mujeres embarazadas.
- Sensibilización y voluntad política de las administraciones ante las defunciones por aborto, que se traducirá en actuaciones concretas tales como:
 - Eliminación de la falta de transparencia en la administración en el proceso, análisis y transmisión de los datos
 - Realización de ENCUESTAS DEL CIS periódicas específicas que analicen la problemática de las mujeres a la hora del embarazo, dificultades para tener hijos, etc.
 - Incorporación de las defunciones por aborto en las estadísticas de defunciones en España.
 - Realización de campañas serias, rigurosas y eficaces de sensibilización y concienciación sobre la natalidad, embarazo y maternidad.

3.4 SOCIEDAD Y MORAL A PARTIR DE 1985

Para entrar en materia, voy a exponer un poco la situación política y social del país a partir de la finalización del régimen franquista en nuestro país en 1975.

Después de la muerte de Francisco Franco, el primer gabinete de gobierno formado por el Rey incluye a varios franquistas del ala reformista, pero hay un escollo: se mantiene a Carlos Arias Navarro como Presidente.

Habría que prescindirse de él si se quería llevar adelante la reforma. Torcuato Fernández Miranda, a la sazón presidente de las Cortes, tiene y le propone al rey un sorprendente candidato para reemplazar al viejo franquista: Adolfo Suárez. Por alguna razón, le ha visto las cualidades psicológicas necesarias para encabezar la transformación política del país.

¿Por qué tuvo éxito la transición española hacia la democracia y la prosperidad? Es posible enumerar doce elementos que lo explica¹⁹⁵:

- Pese a que la Guerra Civil había terminado en 1939, su recuerdo terrible aún permanecía vivo en la memoria colectiva y casi nadie deseaba arriesgarse a provocar una reanudación de ese proceso.
- Durante los casi cuarenta años franquistas de gobierno de mano dura, la sociedad española se hizo más dócil y obediente a las reglas y a la autoridad.
- En 1975, en el mundo había desaparecido el enfrentamiento entre fascistas y comunistas propio de los años treinta, y lo que existía era una rivalidad entre las democracias capitalistas, encabezadas por Estados Unidos, y las dictaduras comunistas, encabezadas por la URSS. El franquismo era un anacronismo político sin referencias ni asideros contemporáneos en el momento en que desaparece el caudillo que lo fundara.
- En 1975, cuando muere Franco, casi el ochenta por ciento de los españoles eran dueños de su vivienda, en los bancos existían varios millones de cuentas privadas de ahorristas, habían surgido amplísimas clases medias, apenas existía pobreza extrema, y el país tenía el nivel de vida más alto de toda su historia. Es decir, prevalecían razones objetivas que inclinaban a la prudencia y rechazaban cualquier salto en el vacío.
- A partir del Plan de Estabilización de 1959, tras dieciséis años de crecimiento vigoroso, era evidente que la economía de mercado y la apertura comercial funcionaban correctamente y se habían debilitado las propuestas radicales de los marxistas. Por otra parte, el fracaso del primer franquismo (1939-1959) había desacreditado al Estado

¹⁹⁵ Vid. MONTANER, C.A.: *“LA TRANSICIÓN ES PAÑOLA (1975-1982) ¿Los valores prevalecientes impulsaron los cambios o los cambios generaron unos nuevos valores en la sociedad española?”*. Ensayo escrito para el seminario Culture Matters Research Project, celebrado en The Fletcher School de Tufts University. Marzo 26-27 de 2004. págs. 19 a 21.

dirigista y centralizador que preconizaba el nacionalismo económico, propio de las dictaduras fascistas.

- Primero la Comunidad Económica Europea y luego la Unión Europea funcionaron como un modelo y como un foco de atracción que exigía comportamientos democráticos en el terreno político y una franca adscripción al capitalismo moderno en el económico. Si España quería estabilidad política y prosperidad, tenía que pasar por el aro democrático y por la integración al mundo desarrollado. Estados Unidos también influyó enérgicamente en la misma dirección.
- El rey Juan Carlos comprendió que, para reinar, tenía que legitimar sus derechos mediante una revalorización de su propia dinastía —la casa de los Borbones—, muy desprestigiada por los errores de su abuelo Alfonso XIII y de su tatarabuela Isabel II. Ese “milagro” sólo lo podía lograr convirtiéndose en el padre de la democracia para los españoles, alejándose rápidamente de los orígenes franquistas de su autoridad. Para ello, tenía que dejar de ser la cabeza simbólica de la derecha española y pasar a serlo de todos los españoles, incluida la izquierda. En los inicios de la transición, hubo una reunión secreta entre el monarca y Felipe González, líder del PSOE, un partido republicano y de izquierda, y Juan Carlos le hizo la siguiente observación: “Felipe, para que tú llegues a gobernar, necesitas de mí; como yo necesito de ti para reinar”.¹⁹⁶
- La derecha española, al menos la reformista e ilustrada, comprendió que la alternativa era muy clara: o se encerraba en un “búnker” ideológico y político aferrada al viejo franquismo, con lo cual perdía el camino de la modernidad y el progreso, o encabezaba los cambios y se reinventaba a sí misma dentro de un modelo democrático. Optó por la segunda opción.
- Los comunistas se enfrentaron a un dilema parecido: si insistían en procurar la demolición del Estado burgués e instaurar una “dictadura del proletariado”, como en las tiranías del Este de Europa, calcadas de la URSS, fortalecerían al ala recalcitrante del franquismo y asustarían a una sociedad que no deseaba enfrentamientos sino acuerdos. Eligieron la moderación y la cooperación con los reformistas y con la Corona.
- Los socialistas españoles, guiados por Felipe González, quien tenía fuertes (aunque discretas) convicciones anticomunistas, se apartaron de los esquemas radicales del socialismo español de los años treinta y trataron de homologarse con los laboristas

¹⁹⁶ MONTANER, C.A: *“LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA (1975-1982) ¿Los valores prevalecientes impulsaron los cambios o los cambios generaron unos nuevos valores en la sociedad española?”*. op. cit., pág. 20.

ingleses o los socialistas suecos. Si los socialistas ingleses y suecos podían convivir con la monarquía y la economía de mercado, no había razón alguna para que los socialistas españoles fueran diferentes.

- La Iglesia católica, que desde principios del XIX, y acaso hasta la llegada de Franco al poder, fue un factor de discordia y división, en la etapa de la transición se convirtió en un elemento cohesivo que facilitó la transformación pacífica de España.
- Los sindicatos también renunciaron a posiciones maximalistas que pusieran en peligro el sistema económico. Pactaron sus beneficios y las subidas salariales con las asociaciones patronales y hubo una cierta paz social que permitió la recuperación de la economía.

Dos conclusiones finales:

La primera conclusión a que nos precipita este análisis es que los factores que generaron la transición española no tuvieron demasiado que ver con los valores o principios predominantes en la sociedad, sino con el sentido común y el instinto de conservación de toda la clase dirigente, incluidos en ella gobierno y oposición. Asimismo, la atmósfera internacional, las presiones, la experiencia y la observación de lo que sucedía en el resto de Europa, contribuyeron decisivamente en la dirección de la moderación.

No obstante, una vez establecida la democracia, consolidado el Estado de Derecho y acreditado por las grandes mayorías el modelo económico de mercado y apertura al exterior, es probable que una parte muy sustancial de los españoles hayan incorporado como suyos los valores y principios que suelen asociarse a las naciones desarrolladas más estables.

Con respecto al sistema familiar español, es a partir de los años 60 cuando comienza, primero con gran lentitud y luego con la transición aceleradamente a cambiar.

Como contrapartida, este ritmo lento ha permitido mayor capacidad de asimilación social y de respuesta institucional. Se ha pasado de una configuración monolítica de la familia a otra pluralista en la que las distintas modalidades de articular la vida familiar - cohabitación o matrimonio, unión homosexual o heterosexual, etc. – reciben semejante cobertura legal. Se ha producido una ruptura desde un tipo único de familia con una fuerte protección legal y social y sucesivamente se fue eliminando la prohibición del divorcio, de los anticonceptivos, del delito de adulterio, etc.

Se ha ido creando así una imagen de la familia como un objeto abierto.

Antes de entrar a analizar la nueva Ley del 2010 del aborto, es interesante tratar, aunque sea brevemente, el tema del aborto farmacológico y cuál era la situación en Europa anterior a esta nueva citada Ley.

Sobre el tema, Hillary Bracken y Beverly Winikoff, escribieron un artículo en 2005¹⁹⁷, donde decían que en 21 países de la región europea se ha aprobado el uso de la mifepristona, también conocida como «píldora abortiva», RU-486 o por el nombre comercial de Mifegyne, junto a una prostaglandina para interrumpir el embarazo.

Exponen que el método ofrece a las mujeres una alternativa segura y efectiva al aborto quirúrgico.

Sin embargo, en muchos contextos, a pesar de su amplia aceptación y de llevar más de una década de experiencia con este método, el acceso y uso por parte de las mujeres está aún limitado. Las leyes existentes sobre la interrupción voluntaria del embarazo y la regulación referida al lugar, momento y personal autorizado para esta práctica, las tarifas y las políticas locales sobre el tema han condicionado a las y los proveedores y el acceso de las mujeres. De hecho, una revisión de la situación de los centros acreditados para realizar interrupciones voluntarias del embarazo en la región europea muestra con claridad, una vez más, que a pesar de que la tecnología puede tener un fuerte impacto, las estructuras sociales, políticas y económicas en cada país son cruciales a la hora de determinar cuál será el uso de esa tecnología y el acceso de la población a la misma.

La mifepristona fue sintetizada en Francia por un grupo científico. Francia, Reino Unido y Suecia, fueron los primeros países en registrar el fármaco.

El uso de la mifepristona se aprobó en Francia en 1988, en el Reino Unido en 1991 y en Suecia en 1992. Desde 1992, este fármaco se ha valorado como seguro y efectivo por la administración

¹⁹⁷ Vid. BRACKEN, H. Y WINIKOFF, B.: *“Situación actual del aborto farmacológico en Europa”*, *Entre Nous*, 2005. págs. 5 y ss.

farmacéutica de más de treinta países en todo el mundo. La mifepristona y el misoprostol se utilizan en la actualidad para la interrupción voluntaria del embarazo precoz por millones de mujeres; su uso está asociado a una muy baja tasa de complicaciones en comparación con el aborto quirúrgico precoz (1-2). Estos fármacos se les suministran a la mujer en un centro médico autorizado y se les revisará a los 14 días de su administración.

En Francia, y la mayor parte de los países europeos, la mifepristona está indicada para interrupciones del embarazo hasta 49 días desde el inicio de la última menstruación, y en el Reino Unido y Suecia hasta 63 días.

En Escocia y Suecia, el uso de la interrupción voluntaria del embarazo farmacológica ha aumentado y se han incorporado algunas variaciones sobre esa pauta descrita, quizás porque en estos países se permite esta práctica hasta los 63 días, se tiene experiencia sobre esta medicación desde hace más de una década y es de donde proceden algunas de las eminencias en la investigación sobre el aborto farmacológico.

El registro de la mifepristona en los estados miembros de la Unión Europea fue facilitado gracias al principio de reconocimiento mutuo. Desde 1995, la Agencia Europea de Evaluación de Productos Médicos con sede en Londres, puede llevar a cabo registros múltiples una vez que un producto haya sido registrado en alguno de los estados miembros de la UE. Cuando el producto no va en contra de la legislación nacional del estado miembro, se procede a su autorización a nivel nacional en base al primer registro.

De acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo, la mifepristona fue registrada en 1999 siguiendo el criterio de Francia (país de registro inicial), aprobándose su uso hasta los 49 días de gestación en los siguientes países: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos y España. Reino Unido y Suecia, no fueron incluidos en este grupo con los demás países de la UE, porque ya tenían registros. Este método también está registrado en Azerbaijan, Belarus, Georgia, Letonia, la República de Moldavia, Noruega, Federación Rusa, Suiza y Ucrania siguiendo diferentes criterios, la mayoría muy similares al de reconocimiento mutuo de 1999. El producto nunca fue ofrecido a Portugal e Irlanda para su registro, puesto que en estos países la interrupción voluntaria del embarazo está muy restringida, o en Italia, por otras razones.

Si bien el procedimiento centralizado ha facilitado el registro en la mayoría de los estados miembros, los procesos de aprobación y su uso posterior están condicionados, en cada país, por las políticas locales relativas a la interrupción voluntaria del embarazo.

Por ejemplo, en Alemania se introdujo un nuevo sistema de distribución con el fin de asegurar un mayor control sobre el fármaco: la mifepristona se facilita directamente a cada profesional por parte de la organización distribuidora a nivel nacional, que es completamente diferente a la de otros fármacos. En Austria, el Ministerio de Sanidad, en el momento de su aprobación, restringió el uso del Mifegyne a los hospitales, a pesar de que las interrupciones del embarazo son realizadas en centros privados más que en hospitales públicos.

De esta manera, las y los profesionales que realizan los abortos no están autorizadas según la legislación a prescribir el fármaco, y quienes tienen derecho para la distribución del fármaco, no pueden realizar la interrupción del embarazo.

En la mayoría de los países, la práctica del aborto farmacológico está regulada de acuerdo con las leyes y normativas existentes para el aborto quirúrgico, que establecen tanto qué profesionales lo realizan como dónde puede llevarse a cabo. En algunos países, se requiere obligatoriamente un asesoramiento y un periodo de espera, en el caso de que las mujeres opten por el aborto farmacológico. Puesto que la mayoría de estas leyes fueron elaboradas y aplicadas con anterioridad a la técnica del aborto farmacológico, algunas de las disposiciones tienen poco sentido para los servicios donde se realizan abortos farmacológicos y pueden distorsionar la forma en que se desarrollan y ofrecen los servicios. Como ejemplo, la mayoría de los países europeos mantienen normativas que requieren la intervención de una o un profesional con determinada cualificación para recetar mifepristona o misoprostol.

En España, aunque la mifepristona está aprobada para su uso tanto en centros públicos como privados, son muy pocos los centros del sector público que ofertan esta prestación donde se utiliza este método. Por ello, la mayoría de los abortos farmacológicos se realizan en centros privados, siendo costeados por las usuarias. En contraposición con la regulación que existe en Europa para los centros donde se realizan interrupciones voluntarias del embarazo, algunos

países de fuera de Europa han flexibilizado los requisitos para el uso del aborto farmacológico y, como consecuencia, se ha facilitado el que las mujeres tengan un mayor acceso.

Los modelos de seguros en los que se reembolsa el pago por acto médico también pueden incidir en la forma en que se oferta el método a las mujeres.

El uso del aborto farmacológico puede estar también condicionado por algunas pautas clínicas relacionadas con el uso de fármacos genéricos.

Por otro lado, las guías clínicas que se ofrecen desde colectivos profesionales, pueden ser una herramienta útil para determinar la práctica clínica. Como se mencionó anteriormente, tanto la RCOG como la OMS han publicado guías para el uso correcto de mifepristona-misoprostol en la interrupción voluntaria del embarazo precoz.

Como conclusión de estas últimas observaciones, siempre de acuerdo con los requisitos europeos, ahora que la mifepristona ha sido patentada y está registrada en muchos países europeos, la disponibilidad de nuevos productos genéricos o la importación de fármacos desde fuera de Europa podrían hacer que el aborto farmacológico fuera más accesible para las mujeres de la región. Sin embargo, la historia de la introducción del aborto farmacológico en Europa, así como en muchos otros países, muestra como el acceso a una nueva tecnología reproductiva está condicionado por la legislación existente, los sistemas de seguro con pago por acto médico y las políticas relativas a los derechos reproductivos.

La tecnología por sí sola no asegura una mayor posibilidad de elección para las mujeres. De hecho, la situación actual del aborto farmacológico en Europa, muestra la necesidad de contar con estrategias creativas y sostenibles que aseguren que la tecnología esté disponible y sea accesible en la práctica y no sólo en la teoría.

Otro tema de actualidad que se ha decidido ahora pese a que los hechos ocurrieron hace 50 años, es el tema de la TALIDOMINA.¹⁹⁸

¹⁹⁸ GARCÍA PABLOS, A. "UNA SENTENCIA CON ALMA", disponible en: www.abc.es/noticias/opinion/20150712/abcp-sentencia-alma-20150712.html (Consultada el 20 de julio de 2015).

A finales de los 50, la farmacéutica alemana Grünenthal comercializó y distribuyó, bajo diferentes marcas, por todo el mundo un medicamento cuyo principal activo (talidomina) sería un sedante eficaz y seguro para paliar los vómitos y mareos de las embarazadas.

Con su consumo se observaron graves malformaciones en los niños que nacieron de las madres que lo tomaron. Muchos incluso fallecieron días después de nacer.

El medicamento se retiró en 1961, excepto en España donde inexplicablemente continuó hasta 1965.

En Alemania se estableció la relación de causalidad entre el fármaco y las graves malformaciones producidas.

La Corte alemana de Aquisgrán, en 1970, declaró la “imprudencia punible” de los responsables del laboratorio por la promoción, publicidad e incluso prospectos del medicamento, si bien dicho proceso penal se archivó porque las víctimas de este país llegaron a un sensato acuerdo indemnizatorio con los laboratorios alemanes.¹⁹⁹

El Juzgado de primera instancia número 90 de Madrid²⁰⁰ concedió a las víctimas una indemnización de 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía que reconociese la Administración Española. Sin embargo, la sentencia posterior de la Sección 14 de la Audiencia Provincial (de lo civil) de Madrid desestimó la demanda de las víctimas y revocó el fallo del Juzgado por entender que sus pretensiones habían prescrito.

La Sala de lo civil del Tribunal Supremo ha dicho la última palabra al respecto. Así, el pleno de la mencionada Sala en fecha 23 de Septiembre de 2015 desestimó los recursos planteados por la asociación de afectados por la talidomida, Avite, y confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que concluyó que la acción de responsabilidad civil, por la que solicitaron en 2012 reclamaciones indemnizatorias, estaba prescrita. Al no discutirse que se trataba de un supuesto de responsabilidad por culpa extracontractual, el plazo de prescripción es un año.

¹⁹⁹ Datos obtenidos de los antecedentes de la St. del Juzgado núm. 90 de 1ª instancia de Madrid (Noviembre 2014)

²⁰⁰ JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 90 DE MADRID .Procedimiento: Ordinario. Autos núm. 217/12

4. PANORAMA JURÍDICO TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 2/2010, de salud sexual y reproductiva: ANÁLISIS DE LA LEY, JURISPRUDENCIA Y ESTADÍSTICAS

4.1 CONTENIDO DE LA LEY

El aborto en España es legal, y se rige por la **Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo**, que entró en vigor el 5 de julio de 2010.

Se concibe como una Ley que pretende abordar de una manera integral el conjunto de derechos relativos a la salud sexual y reproductiva, ofreciendo al mismo tiempo una regulación del aborto que deja de orbitar alrededor del Código Penal.²⁰¹

La Ley se fundamenta en varios textos internacionales, como son la Resolución 1607/2008 de 16 abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la Convención de la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 34/1980, de 18 diciembre de 1979, y la Resolución 2001/2128(INI) del Parlamento Europeo, que se refiere a determinadas recomendaciones sobre educación sexual, anticoncepción y embarazos no deseados. Igualmente se hace mención a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2007.²⁰²

La naturaleza jurídica del aborto cambia a partir de la citada Ley. De ser una conducta despenalizada pasa a convertirse en un derecho.

Con la actual Ley además de cambiarse el nombre de “aborto” por “interrupción voluntaria del embarazo”, lo convierte en un derecho aunque con precisiones como dice el autor Alejandro González-Varas.²⁰³

²⁰¹ Cfr. CUERDA ARNAU, M.L. y VIVES ANTÓN, T. “El debate acerca de la legalización del aborto”, Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. pág. 182.

²⁰² Vid. RODRIGO LARA, M.B: “El consentimiento de la menor de edad para abortar”: “Religión, matrimonio y Derecho ante el s.XXI. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls” Edit. Iustel. pág. 1076.

²⁰³ Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, A: “Consideraciones sobre la normativa reguladora del aborto”: “Religión, matrimonio y derecho, estudios en homenaje al profesor Navarro Valls”. Edit. Iustel pág. 900.

Con referencia a esta cuestión, en el Título II no se define como un derecho, pero para referirse a su práctica se utilizan expresiones como “se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo” (art. 12), podrá interrumpirse el embarazo” (artículos 14 y 15), “la mujer decidirá sobre la intervención “(art. 16).

Lo más significativo puede ser lo recogido en el artículo 18: “los servicios públicos de salud...aplicarán las medidas precisas para garantizar el *derecho a la prestación sanitaria* de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta ley...”.

Así parece que el legislador si lo configura como un derecho o, exactamente como una prestación sanitaria a la que se tiene derecho y ello a pesar de la dificultad de subsumir al aborto dentro del concepto de ese tipo de prestaciones.²⁰⁴

Esa imprecisión puede darse por no recibir críticas, ya que ha sido un cambio radical y repentino de penalizarlo a considerarlo derecho.

Con esta mutación, sin embargo, el aborto no pasa a ser un derecho simplemente, sino que incluso se le configura como si fuese un “derecho fundamental”, como indica el Consejo fiscal en un dictamen emitido sobre ello.²⁰⁵

Esta afirmación se deriva de la redacción del art. 12 de la ley 2/2010.²⁰⁶

Se deduce que el aborto es una proyección de todos estos derechos aunque se evite emplear el término “derecho”.

²⁰⁴ Vid. NAVARRO-VALLS, R. “Análisis jurídico del proyecto de ley del aborto”. Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado núm. 22, 2010, págs. 21 a 23.

²⁰⁵ Dictamen del 23-6-2009 pág. 4.

²⁰⁶ *Artículo 12 Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo*. Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

El concepto del aborto como una manifestación del derecho fundamental a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 de la Constitución española, se corrobora en el artículo 1 de esta Ley.²⁰⁷

Ahora bien, parece desconcertante para el profesor González-Varas Ibañez que por una parte, la Ley 2/2010 omite denominar al aborto como un derecho y lo relacione a su vez con el derecho a la salud sexual y reproductiva, que son una manifestación del derecho fundamental de la integridad física y psíquica del artículo 15 de la Constitución.²⁰⁸ Sin embargo regula en títulos distintos estos derechos y la interrupción voluntaria del embarazo, no dándole el carácter de orgánico a los mencionados derechos.

Puede deberse ello a motivos de carácter práctico, pues sólo a través de la concesión de rango orgánico a la interrupción voluntaria del embarazo es posible derogar la anterior ley del aborto 9/1985. Resulta llamativo también, continúa diciendo González-Varas que de los 23 artículos que tiene la Ley, sólo los seis artículos del Título II gozan de rango orgánico y se le da carácter orgánico a la Ley.

En cuanto a los aspectos fundamentales de esta Ley, destacamos:

- Se fijan los **16 años** como la mayoría de edad para abortar. Las embarazadas menores de edad tendrán que **informar** al menos a uno de sus representantes legales (padre, madre o tutor) si toman la decisión de abortar. Sin embargo, no será necesario informar a los progenitores si se alega coacción, situación de violencia familiar, malos tratos, amenazas, o se produzca una situación de desamparo.
- Esta ley garantiza la interrupción voluntaria del embarazo siempre y cuando se realice por un médico especialista, ya sea en un **centro sanitario público o uno privado acreditado**. Existe una red de clínicas privadas acreditadas que están en constante coordinación con los servicios públicos que garantizan el buen ejercicio de esta prestación
- Hasta las **14 semanas** de embarazo, todas las mujeres mayores de 16 años pueden elegir abortar.

²⁰⁷ *Artículo 1 Objeto*. Constituye el objeto de la presente Ley Orgánica garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos.

²⁰⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, A: *“Consideraciones sobre la normativa reguladora del aborto”*: *“Religión, matrimonio y derecho, estudios en homenaje al profesor Navarro Valls”*, op. cit., pág. 902.

- **Excepciones:** el embarazo se podrá interrumpir hasta la **semana 22** si existe riesgo para la vida o salud de la embarazada, que existan graves anomalías en el feto o se detecten anomalías incompatibles con la vida.
- Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tienen el derecho a ejercer la **objección de conciencia**. En este caso el personal sanitario debe notificarlo por escrito anticipadamente para **garantizar** a la mujer el ejercicio de la prestación por otro facultativo.
- En todo caso, esta ley garantiza a toda mujer **sin discriminación** de ningún tipo la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo en los términos anteriores.

4.2 MINORÍA EDAD, LIBERTAD RELIGIOSA Y SALUD. CONSENTIMIENTO INFORMADO. OPINIONES

A finales del siglo pasado surgió la Bioética como disciplina y ha evolucionado y se ha extendido enormemente en un breve periodo de tiempo.²⁰⁹ Busca mediante un enfoque metodológico multidisciplinar (médico, filosófico, teológico, jurídico) el determinar unos principios éticos generales que permitan resolver problemas concretos en el campo de la biomedicina.

Sin embargo es el Derecho quien se ocupa de su regulación porque la tutela de la persona solo es eficaz si se realiza mediante normas jurídicas.

Como consecuencia de todo ello han nacido unos derechos humanos que se denominan de “nueva generación”. Por ejemplo el derecho al paciente a un consentimiento informado, a la formulación de instrucciones previas, patrimonio genético, etc. y junto a éstos prohibiciones como realizar prácticas eugenésicas selectivas o clonación reproductiva de seres humanos, entre otras.

Todos estos planteamientos se complican con la minoría de edad porque hay que determinar necesariamente que capacidad tienen para adoptar decisiones importantes que les afecte a su vida o salud.

²⁰⁹ Cfr. MARTÍN SANCHEZ, I., “Minoría de edad, libertad religiosa y salud” en *“Religión, matrimonio y Derecho ante el siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Navarro Valls”*, Iustel, pág. 599.

Desde una nueva perspectiva jurídica se contempla a los menores como sujetos de derecho y con capacidad progresiva de su ejercicio.

Así de manera supraestatal nos encontramos con La Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁰ y la Carta Europea de los Derechos del Niño²¹¹. Entre los diferentes derechos que se les reconoce, destaca el de expresar su opinión en las cuestiones que les afecten.

La Ley Orgánica 1/1996 de 1 enero de protección jurídica del menor dispone en su artículo 3 que el menor de edad disfruta de los derechos que la Constitución, los Tratados Internacionales ratificados por España y el ordenamiento jurídico le reconocen. También recoge una serie de derechos de los que el menor es titular y establece que prima el interés de los menores sobre cualquier otro.

Así el menor es titular de derechos aunque no tiene plena capacidad de obrar.

Entre estos derechos se le reconoce el derecho a la libertad religiosa.²¹² El problema aquí radica en determinar el momento en que puede ejercitar personalmente este derecho. Aunque no exista en nuestro ordenamiento una norma que establezca la edad a partir de la cual puedan ejercitarse los derechos garantizados en el artículo 16 de la Constitución Española, es evidente, por las distintas disposiciones que hay al respecto²¹³, que no está condicionado por la mayoría de edad. La regla general en este derecho de libertad religiosa sería, por tanto, la prevalencia de la voluntad del menor sobre la de sus padres si tiene capacidad natural para ello. Es decir, se condiciona a la madurez del menor y es la línea seguida por el Tribunal Constitucional.²¹⁴

Entre las múltiples proyecciones de la libertad religiosa, es especialmente importante la de su ejercicio en el campo de la salud.²¹⁵ Ello se debe en parte a que algunas de las cuestiones que

²¹⁰ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 noviembre de 1989.

²¹¹ Aprobada por el Parlamento Europeo el 21 septiembre 1992.

²¹² MARTÍN SANCHEZ, I. "Minoría de edad, libertad religiosa y salud": *"Religión, matrimonio y Derecho ante el siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Navarro Valls"*, op. cit., pág. 604.

²¹³ Por ejemplo, con 14 años se puede otorgar testamento, con 16 se puede emancipar, etc).

²¹⁴ Ejemplo sentencia 141/2000 de 29 mayo.

²¹⁵ MARTÍN SANCHEZ, I., *"Minoría de edad, libertad religiosa y salud": "Religión, matrimonio y Derecho ante el siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Navarro Valls"*, op. cit., pag. 614.

estudia la Bioética, como por ejemplo el aborto, que es el tema que nos ocupa, forman parte de las tradicionales enseñanzas religiosas.

Fundamental, llegados a este punto, referirme al CONSENTIMIENTO INFORMADO. El exigirse este consentimiento para las actuaciones médicas, ha supuesto un gran cambio en las relaciones de los médicos con los pacientes. No hay supremacía del médico con respecto al paciente, sino que se ha pasado a una relación de igualdad, donde decide el paciente en última instancia.

La vigente Ley 41/2002 de 14 noviembre reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su artículo 3 lo define como: “conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

También establece la ley que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”. El paciente tiene derecho a negarse al tratamiento médico, excepto “en los casos determinados en la ley” (artículo 2.4). También tiene derecho a revocar su derecho en cualquier momento.

Ni el derecho a ser informado ni la obligación de informar, tienen carácter absoluto, sino que tienen límites que establece la propia ley, como por ejemplo, que el médico actúe sin informar al paciente, cuando por razones objetivas, el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave (art. 5.4).

En cuanto a la capacidad, la Ley 41/2002 no establece una regla única para determinar cuando el paciente puede manifestar personalmente el consentimiento informado, sino que utiliza tanto el criterio de madurez de juicio como el del establecimiento de diferentes edades a partir de la cual se presume esa capacidad.

Voy a centrarme ahora en el supuesto específico del aborto en relación con toda esta materia expuesta, ya que el eje central de este estudio.²¹⁶

La Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo reconoce el “derecho a la maternidad libremente decidida” (hasta ahora no se había hecho). Lo que implica respetar la decisión que adopte la madre con respecto a su embarazo. Sobre esta base, regula los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo ya mencionados al inicio de este epígrafe.

Voy a ampliar cuestiones importantes de cada uno de estos supuestos.

En su artículo 12 dice que “Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación”.

En los artículos siguientes dice la Ley que podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren unos requisitos, tales como que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad en los términos que establece la propia ley y que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Es este supuesto una novedad en nuestro derecho y supone un estricto sistema de plazos, pues siempre que sea dentro de esas primeras catorce semanas, no hay que indicar nada más.

Además se justifica en el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010: “la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el art. 10.1 Constitución”.

²¹⁶ MARTÍN SANCHEZ, I., *“Minoría de edad, libertad religiosa y salud”: “Religión, matrimonio y Derecho ante el siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Navarro Valls”*, op. cit., pág. 620.

Las menores (de 16 y 17 años), deberán informar al menos uno de los padres, tutores legales o al ostentador de la patria potestad.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.
- b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. El Preámbulo fundamenta estos supuestos en la viabilidad de nasciturus independiente de la madre, la cual tiene lugar, en torno a la vigésimo segunda semana de gestación”²¹⁷
- c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.²¹⁸ En estos casos puede realizarse incluso pasadas las 22 semanas si se dan esos supuestos.

²¹⁷ MARTÍN SANCHEZ, I., “*Minoría de edad, libertad religiosa y salud*”: “*Religión, matrimonio y Derecho ante el siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Navarro Valls*”, op. cit., pág. 621.

²¹⁸ CUERDA ARNAU, M.L.: “*Debate acerca de la legalización del aborto*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 244. Escribe sobre lo que llama: “Una cuestión pendiente: el problema del aborto tardío” con referencia a las indicaciones previstas en la letra c) del art. 15. Con abortos tardíos se hace referencia a los casos en que éste se realiza sobre fetos ya viables, en periodos de gestación cercanos al nacimiento. En estos casos en principio no necesitaría de la madre para vivir y con ayuda médica podría sobrevivir fuera de ésta. En estos casos se difumina, dice la autora, la línea que separa aborto de homicidio. Se trata de ver si la LO 2/2010 cumple con los requisitos y analizar los conceptos de “anomalía”, “anomalía incompatible con la vida” o “enfermedad extremadamente grave e incurable”. En opinión de la autora citada, el hecho de que la norma recoja términos pendientes de valoración no la convierte en inconstitucional, ya que su grado de indefinición no alcanza a vulnerar la seguridad jurídica al mantenerse dentro de los límites de incerteza consustancial es al lenguaje común, lo que la sitúa también dentro de los parámetros de previsibilidad exigidos por la jurisprudencia constitucional.

Se puede ver que esta Ley no menciona, como si lo hacía el derogado art. 417 bis del Código Penal, el aborto por indicación ética, que es cuando se produce por violación. Su inclusión explícita estaría en su artículo 14, es decir, el aborto a petición de la mujer.

En el artículo 13²¹⁹ se recogen los requisitos necesarios. En cuanto a la información que debe suministrarse a las mujeres, se recogen reglas específicas. Todas las mujeres deben recibir la información recogida en el artículo 17 apartados 1 y 4²²⁰. Y si es a petición de la mujer, también la recogida en el apartado 2.²²¹

Las mujeres mayores de edad y las emancipadas (si son conscientes, capaces y libres), pueden prestar personalmente el consentimiento, no admitiéndose en estos casos que lo den por representación (artículo 9.3 de la Ley 41/2002).

²¹⁹ Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo: Primero. –Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección. Segundo. –Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado. Tercero. –Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley. Cuarto. –En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

²²⁰ 1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente. 4. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

²²¹ 2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información: a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto. b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento. c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro. d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el artículo 14 de esta Ley. La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

Esto mismo lo recoge la Ley Orgánica 2/2010 en su artículo 13²²².

Si no tienen suficiente madurez de criterio el consentimiento se prestará por representación legal y es donde pueden surgir problemas.

En cualquier caso la decisión última corresponderá a la autoridad judicial, que resolverá cada caso escuchando a la menor si al menos tiene 12 años y atendiendo al supremo interés de ésta.

Entre los argumentos que han ofrecido los impulsores de esta ley para justificar que las menores de edad de 16 o 17 años tengan acceso al aborto son, por ejemplo, el considerar que hay veces que las relaciones entre padres e hija no son fluidas, no se basan en la confianza, y las menores pueden tener miedo a la reacción de los padres ocultándoles su estado, por tanto. Por lo que si no se les da una salida legal, “si les obligamos a contarlo optarán por acudir a circuitos clandestinos de aborto” frustrándose la aplicación de la ley²²³.

Según Alejandro González-Varas Ibañez este argumento no parece sólido, pues está afirmando que el mejor modo para evitar que la ley se incumpla es modificarla en vez de perseguir los comportamientos delictivos.²²⁴

Con lo dicho parece que para el legislador, sigue diciendo el autor, las relaciones entre padre e hijos puedan considerarse una interferencia, en vez de apreciarlo como algo normal dentro de

²²² Vid. *Artículo 13 Requisitos comunes*. Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo: Primero.- Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección. Segundo.- Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado. Tercero.- Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley. Cuarto.- En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Véase R.D. 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo («B.O.E.» 26 junio). Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

²²³ Vid, SUÁREZ ALONSO, J.A , del Grupo Parlamentario Socialista en “*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Comisión Permanente*” IX, Legislatura n.127(2009), sesión plenaria núm. 119 celebrada el 26 noviembre de 2009, pág. 40.

²²⁴ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, A: “*Consideraciones sobre la normativa reguladora del aborto*”: “*Religión, matrimonio y derecho, estudios en homenaje al profesor Navarro Valls*”, op. cit., pág. 908.

las familias y que pueda suponer un apoyo para las menores. Los casos contrarios son las excepciones.

Es paradójico que una ley que insiste en la necesidad de informar, especialmente a la población joven, sobre la salud sexual, les prive de recibir información de sus padres y los sustituya en el ámbito de la información y el consejo, por los poderes públicos.

Además hay otra cuestión, si los motivos son los explicados ¿Por qué se limita a las menores de 16 o 17 años? Habrá menores de 16 años²²⁵ que también tengan esos conflictos con los padres y, sin embargo, por el momento no se considera admisible en estos casos interrumpir el embarazo.

Ante todo esto, sigue exponiendo el citado autor, cabe plantearse otros motivos por los que se haya establecido esa edad de 16 años como límite. Seguramente sea por equiparar el aborto a las demás intervenciones médicas sobre la mujer gestante que ofrece el sistema sanitario. Podría ser una edad adecuada para decidir sobre tratamientos médicos ordinarios, pero el aborto puede dejar secuelas psíquicas y físicas a la madre y afecta al derecho fundamental de la vida del feto. Están presuponiendo una madurez que quizás no haya.

De acuerdo con el artículo 162²²⁶ del Código civil, del tenor literal de éste se puede afirmar que las menores pueden ejercer sus derechos personales, aunque evidentemente no todos los menores tienen la misma capacidad natural para ejercer sus derechos. La minoría de edad abarca desde el nacimiento a los 18 años, por lo que hay que acudir por tanto al concepto ya referido anteriormente de capacidad de suficiente juicio. La actuación de los padres por representación legal entraría en juego, como facultad derivada de la patria potestad (velar,

²²⁵ Se entiende que en el caso de menores entre 12 y 16 años, en caso de conflictos de criterios entre éstas y los padres o representantes legales, procederá la intervención judicial (Dictamen del Consejo de Estado de 17 de diciembre de 2009 sobre el anteproyecto de la ley orgánica de salud sexual, reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo).

²²⁶ Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. ^º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. 2. ^º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3. ^º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.

proteger y guiar al hijo), cuando faltase esa falta de madurez suficiente para ejercer derechos fundamentales del menor de educación o salud.

Por ello la menor embarazada de 16 o 17 años podrá abortar sin el consentimiento de los padres, ya que se enmarca el aborto en la LO 2/2010 como un derecho. Lo que si tendrá la menor es que comunicárselo a los padres en virtud de esa patria potestad.²²⁷

Por último, añadir que la Ley 2/2010 admite el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en los casos de interrupción voluntaria del embarazo, habiéndose reconocido también por el Tribunal Constitucional.

Sobre la objeción de conciencia hablaré más extendidamente en otro epígrafe.

Por su lado el Real Decreto 825/2010 de 25 de junio, de desarrollo parcial de la ley 2/2010 regula, de un lado, las especificidades de funcionamiento del Comité clínico encargado de confirmar el diagnóstico de enfermedades extremadamente graves e incurables que pueden permitir la interrupción voluntaria del embarazo según el artículo 15.c y también los extremos relativos a la información previa al consentimiento que debe recibir la mujer que hay solicitado su práctica.²²⁸

El artículo 2 fija la composición y naturaleza del comité²²⁹.

²²⁷ Vid. RODRIGO LARA, M.B: *"El consentimiento de la menor de edad para abortar": "Religión, matrimonio y Derecho ante el s.XXI. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls"*. Edit. Iustel. pág. 1088-1089.

²²⁸ CUERDA ARNAU, M.L. y VIVES ANTÓN, T: *"El debate acerca de la legalización del aborto"*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, op. cit., pág. 184.

²²⁹ Artículo 2. Naturaleza y composición del comité clínico. 1. El comité clínico es un órgano colegiado de carácter consultivo y naturaleza técnico-facultativa, designado por el órgano competente de cada Comunidad Autónoma, que interviene en el supuesto de interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, conforme a lo previsto en el artículo 15.c) de la Ley Orgánica 2/2010. Su intervención confirmará o no el diagnóstico previo, de enfermedad extremadamente grave e incurable, del médico o médicos que hayan atendido a la mujer en el embarazo. 2. Existirá, al menos, en la red sanitaria pública, un comité clínico en cada Comunidad Autónoma. Podrán existir, además, otros comités en otros centros de dicha red sanitaria, a decisión de la Comunidad en base a criterios relacionados con la población, el número de especialistas ejercientes en su ámbito territorial, la óptima calidad asistencial de las intervenciones u otros criterios similares. 3. El comité o los comités, con la composición determinada en el artículo 16.1 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, serán designados por las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas, entre los especialistas ejercientes en la red asistencial pública de las mismas. La designación se publicará en el diario oficial de la Comunidad Autónoma y comprenderá a los miembros titulares del comité y, al menos, un suplente de cada uno de ellos. El plazo de actuación del comité o comités clínicos será, como mínimo, de un año, pudiendo las Comunidades Autónomas establecer otro mayor. 4. La mujer gestante tiene derecho a elegir uno de los médicos especialistas o expertos mencionados en el artículo 16. 1, de la

El artículo 3 regula el procedimiento de actuación y régimen de funcionamiento²³⁰.

En cuanto a la información previa al consentimiento recoge algunos aspectos de carácter general y el artículo 5²³¹ detalla la cuestión.

Y el artículo 6 recoge esta información previa a la que estoy haciendo referencia con respecto a los supuestos del artículo 15.b.²³²

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. Si hace uso de su derecho, propondrá a las autoridades competentes de la Comunidad Autónoma la designación de un médico, del sector público o del privado, de su elección.

²³⁰ Artículo 3. Procedimiento de actuación y régimen de funcionamiento. 1. La actuación del comité o los comités clínicos procederá, en el marco del procedimiento de autorización de la interrupción del embarazo, una vez que la mujer gestante cuenta con un diagnóstico previo de la enfermedad del feto. A este efecto: a) Una vez emitido el primer diagnóstico la mujer embarazada solicitará al órgano competente de la Comunidad Autónoma donde vaya a someterse a la intervención, que inicie la tramitación del expediente. Aquél asignará el caso, en un plazo máximo de 24 horas, al comité clínico que proceda, a fin de que se emita el correspondiente dictamen. En el comité se integrará el especialista que, en su caso, haya designado la mujer, que sustituirá al que determine, en cada caso y sin que requiera publicidad, la autoridad sanitaria. b) El comité clínico deberá emitir su dictamen en un plazo máximo de 10 días, salvo que, motivadamente, se acredite que las pruebas diagnósticas o de otro tipo que deban practicarse requieran un plazo mayor. c) Confirmado el diagnóstico por el comité, éste lo transmitirá, en el plazo de 12 horas, al órgano competente de la administración autonómica, a fin de que lo notifique, de manera inmediata, a la interesada para que, en el caso de que desee continuar con el procedimiento, pueda llevarse a cabo la interrupción del embarazo, preferentemente, en un centro de la red sanitaria pública cualificado para realizar la interrupción en este supuesto. Dicho centro podrá pertenecer a la red sanitaria de cualquier Comunidad Autónoma, con independencia de aquella a la que figure adscrito el comité clínico. d) En el caso de que el dictamen del comité resulte contrario al diagnóstico previo, lo transmitirá igualmente al órgano competente de la Comunidad Autónoma, que lo notificará a la interesada, poniendo en su conocimiento que no se encuentra en el supuesto legal que permite la práctica de la interrupción del embarazo. 2. A todos los efectos, los datos e informaciones de carácter personal, asistencial y clínico que puedan recabarse en el curso del procedimiento de autorización de la interrupción del embarazo en este supuesto, serán confidenciales y estarán sometidos al régimen de protección de la intimidad y confidencialidad de los datos y su tratamiento, previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

²³¹ Información previa al consentimiento en los supuestos de interrupción del embarazo previstos en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. 1. En el caso de que la mujer inicialmente opte por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, además de recibir la información referida en el artículo anterior, se le hará entrega en cualquier centro sanitario público o privado acreditado para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo de un sobre cerrado elaborado y editado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde vaya a practicarse la intervención. 2. El sobre tendrá el contenido establecido en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, e incluirá necesariamente información sobre: a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto. b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento. c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro. d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

²³² 1. En el supuesto de interrupción voluntaria del embarazo prevista en el artículo 15.b) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, además de la información a que se refiere el artículo 4 de este real decreto y de acuerdo con el artículo 17.3 de la citada ley, se hará entrega a la mujer interesada de una información referente a los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como sobre la red de organizaciones sociales de asistencia social a dichas personas. 2. Esta información se entregará a la gestante en un sobre que especifique esta circunstancia —«Información sobre la IVE. Artículo 15.b) de la Ley Orgánica 2/2010»—, y tendrá, por lo demás, los requisitos y características detalladas en el artículo anterior, salvo la necesidad de incorporar el dato relativo a la fecha en que se entrega.

Y el artículo 8 al consentimiento de las mujeres de 16 o a 17 años²³³.

Toda esta regulación ha provocado modificaciones en el Código Penal. El artículo 145 del mismo dice, en cuanto al aborto consentido punible:

1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.
2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.
3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

Y el artículo 145 bis:

1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto:
 - a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;
 - b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación;
 - c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos;

²³³ 1. La mujer de 16 ó 17 años prestará su consentimiento acompañado de un documento que acredite el cumplimiento del requisito de información previsto en el apartado Cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. El documento será entregado personalmente por la mujer acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención. 2. En el caso de prescindir de esta información, cuando la mujer alegue las circunstancias previstas en el apartado Cuarto del citado artículo 13, el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social.

- d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.
2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.
 3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

Sobre los motivos por los que la anterior regulación era insatisfactoria y se ha producido el cambio se ha opinado mucho al respecto.

María Luisa Cuerda Arnau indica alguna de las paradojas a la que conducía el sistema de interrupción del embarazo de la anterior regulación. Ya cada una de ellas, por separado, dice, era motivo suficiente para el cambio de regulación.²³⁴

Son las siguientes:

1. El desprecio por los derechos fundamentales de la mujer.

Es decir, no tutelaba de manera eficaz los derechos de la mujer embarazada.

Era una incapacidad, además, de origen. Ni siquiera establecía un periodo dentro del cual tuviese que respetarse esa voluntad.

Ni alcanzaba a garantizar adecuadamente que la mujer pudiera interrumpir el embarazo en los limitados términos previstos en la norma citada y en las condiciones adecuadas para la salvaguarda no solo de su vida y su salud, sino también del resto de derechos fundamentales que resultan afectados.

Además, dice la autora, que a poco que se reflexione sobre ello se advierte que la derogada regulación era, además, un símbolo más de la exclusión social, pues en nuestro país la práctica del aborto era accesible solo a quien tenía cierta capacidad económica.

²³⁴ CUERDA ARNAU, M.L. y VIVES ANTÓN, T. "El debate acerca de la legalización del aborto", op. cit., pág. 190 y ss.

Es en este contexto donde cobra todo su sentido la Resolución 2001/2128 sobre salud sexual y reproductiva aprobada el día 3 de julio de 2012 por el Parlamento Europeo instando a los gobiernos a tomar en consideración la desigualdad a que *de facto* se ven sometidas las mujeres en esta materia. Y eso es algo que no debe olvidarse, como lo hicieron quienes interpusieron recurso previo de inconstitucionalidad contra la despenalización parcial apelando a la idea de Estado, pues qué duda cabe de que es para el sector de los excluidos para quien más sentido debería tener la proclamación de este Estado.

2. El desprecio por la legalidad

Se refiere a la inseguridad jurídica que va unida al sistema de indicaciones que de un lado posibilita el que pueda someterse a control ulterior cualquier interrupción del embarazo y, del lado opuesto, acaba propiciando el que, como reacción, los procesos se resuelvan en muchas ocasiones al margen de lo que, nos guste o no, dice la ley.

En efecto, en la medida en que un sistema como el existente en España hasta 2010 deja en manos de un tercero la decisión última sobre la existencia o inexistencia que está a la base de cada una de las indicaciones, es obvio que nada puede garantizar a la mujer que esa decisión no sea revisada.

Esa falta de seguridad jurídica también se refleja en la actuación de los profesionales intervinientes. La mayoría de las condenas han sido concretamente sobre la insuficiencia del dictamen anterior sobre la salud psíquica de la mujer si continúa el embarazo.

Ejemplo de esto, la sentencia 31/2001 de 19 noviembre de la Audiencia Provincial de Castellón que condenó a un médico que practicó la interrupción por emitir ese dictamen de peligro para la salud psíquica (siendo licenciado en medicina pero no en psicología).

3. La dudosa legitimidad del castigo

La mayoría de los abortos realizados en España se acogían a la indicación terapéutica, ya que favorecía que se pudieran practicar abortos en supuestos que no coincidían con la indicación terapéutica y, que además, esas interrupciones no estuvieran sujetas a plazo alguno, lo que permitía su práctica hasta estadios muy avanzados.

Precisamente por ello, cabía dudar de la legitimidad del castigo. Si solo la tutela de bienes jurídicos justifica la intervención penal ¿a qué justificación se apela cuando el mecanismo sancionador resulta ineficaz o incluso contraproducente?

Por estas todas razones, dice la autora que la necesidad de cambio era más que evidente.

Hay un interesante informe de la ONU que puede resultar interesante mencionar, que parece que no obliga a suprimir el supuesto de malformación fetal, que se expone a continuación.²³⁵ Cuando el Ministro de Justicia anunció que con la nueva ley, la malformación o minusvalía del feto dejaría de ser un supuesto legal para poder abortar, alegó que modificaría esa parte de la ley por convicción pero también porque la ONU le “obligaba” a hacerlo. Explicó que la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que España suscribió en 2008, emitió un informe a finales de 2011 en el que “obliga” a suprimir el supuesto de aborto por malformación, porque lo considera una forma de discriminación de las personas discapacitadas.

En realidad, el informe de la ONU, de octubre de 2011, no “obliga” a España: solo le “recomienda” que “suprima la distinción en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente”.

Fuentes del Ministerio de Justicia interpretan, sin embargo, que las “recomendaciones” del informe sí suponen una “vinculación jurídica para España”. “Es cierto que no es como una directiva de la UE, que si habría que aplicarla. Aunque no hay previsto un mecanismo de sanción, si España lo ha firmado, de alguna manera se está comprometiendo a aplicarlo. Y lo que dice el informe es que, para cumplir lo que firmó, el Gobierno debe hacer esos cambios que se recomiendan en su legislación. Recuerda, además, que el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) insiste desde hace tiempo en esa misma línea.

El informe de la ONU, en todo caso, no solo no contiene una obligación tajante sino que lo que viene a decir es que los plazos para abortar un feto sano y uno con malformación deben ser

²³⁵ Vid. El País, Madrid 25 de Agosto de 2012.

iguales, para evitar discriminación. Eso podría cumplirse eliminando el supuesto de malformación pero también haciendo lo contrario: elevando los plazos de todos los supuestos hasta equipararlos al de la malformación (22 semanas actualmente). Es decir, ampliando en la práctica la ley de plazos actual. En eso no se mete la ONU.

El informe incluye además otras “recomendaciones” que implicarían cambios de leyes españolas. La ONU, por ejemplo, pide a España que asegure la “participación activa” de personas discapacitadas en ámbitos de “adopción de decisiones a nivel regional”; que los discapacitados dejen de necesitar el consentimiento de un tutor para decidir sobre el tratamiento médico y que suprima la posibilidad de esterilización forzosa de los discapacitados. También recomienda que el Estado destine “recursos suficientes para garantizar” los servicios de asistencia a dependientes y que incluso los “amplíe” para lograr que se dote de “asistentes personales a todas las personas con discapacidad”. El Gobierno, muy al contrario, recortó la ayuda a la dependencia.

4.3 RECURSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL 2010²³⁶

Dicen los antecedentes:

Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 1 de junio de 2010, don Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, comisionado por otros setenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 5.1 e), 8 *in limine* y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15 a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2 párrafo primero (aunque, realmente, la impugnación se refiere al párrafo segundo), y contra la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo («Boletín Oficial del Estado» núm. 55, de 4 de marzo de 2010). En el escrito de demanda se solicita la declaración de nulidad e inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, y, por medio de otrosí, se pide la tramitación preferente y sumaria del recurso, y, en la medida en que no pueda decidirse antes

²³⁶ BOE-A-2010-12889(9 agosto) (TC).Pleno. Auto 90/2010, de 14 de julio de 2010. Deniega la suspensión de diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo solicitada en el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, promovido por setenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso. Votos particulares.

de la entrada en vigor de la ley recurrida, se interesa la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados.

Por providencia de 30 de junio de 2010 el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Cuarta, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad.

En cuanto a los fundamentos jurídicos dice:

1. La pretensión de los Diputados recurrentes de que se acuerde la suspensión de la vigencia de los arts. 5.1 e), 8 *in limine* y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15 a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2 párrafo primero, y disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se fundamenta en tres géneros de razones: por una parte, se argumenta que la medida cautelar solicitada es compatible con lo dispuesto en el art. 30 LOTC, pues lo que el precepto impide es la suspensión de la aplicación de la ley impugnada, pero no de los concretos preceptos de cuya constitucionalidad se duda; en su caso, el Tribunal debería proceder a plantear la autocuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 30 LOTC, lo que determinaría la suspensión de la aplicación de aquél al presente recurso, desapareciendo así el inconveniente legal. Por otra parte, concurre el *periculum in mora* necesario para la adopción de la medida cautelar de suspensión, al existir un evidente perjuicio irreparable. Finalmente, existe en este supuesto el *fumusboni iuris*, pues se trata de una ley que regula numerosas cuestiones en sentido contrario a la doctrina constitucional.

Como resulta evidente, el análisis de los dos últimos argumentos sólo será procedente si se hubiese admitido el primero, cuyo examen resulta prioritario.

2. Como punto de partida, hemos de recordar que, según el art. 1.1 LOTC, el Tribunal Constitucional «está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica». Pues bien, los argumentos deducidos en la demanda no pueden enervar la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, ya que una y otra impiden que pueda acordarse alguna limitación a la aplicabilidad de la ley estatal como consecuencia de su impugnación ante este Tribunal. En efecto, la Constitución no prevé que, tras su entrada en vigor, la ley estatal pueda ver impedida su aplicabilidad mediante una medida suspensiva o cautelar, mientras que esa previsión sí se contempla en relación con las disposiciones de las Comunidades Autónomas cuando las impugne el Gobierno de la Nación (art. 161.2 CE). Tal entendimiento se concreta de

manera categórica en el art. 30 LOTC, al disponer: «La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el art. 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas».

Por consiguiente, resulta patente que, según las determinaciones de la Constitución y la LOTC, no cabe acordar ninguna limitación a la aplicabilidad de la Ley estatal como consecuencia de que haya sido impugnada ante el Tribunal Constitucional. Y en este sentido se ha manifestado este Tribunal en una reiterada y firme doctrina. Ya en la STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 3, nos referimos a la presunción de legitimidad de la que disfrutaban los actos o normas que emanan de poderes legítimos, que obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad; presunción que es tanto más enérgica, añadíamos, cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular, y que llega a su grado máximo en el caso de legislador. Por tanto, mientras no se haya destruido esa presunción a través de la constatación de que la Ley ha infringido la Constitución, esto es, mediante la declaración de su inconstitucionalidad, «toda suspensión de la eficacia de la Ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional, lo que naturalmente impide ver en ella una consecuencia necesaria general o generalizable de la primacía de la Constitución».

Carácter excepcional de la suspensión de las leyes que, en cuanto supone apartamiento de una regla general, requiere, como es lógico, de una previsión que ha de ser expresa, como la posterior doctrina del Tribunal se ha encargado de dejar precisado de manera clara, al afirmar (ATC 141/1989, de 14 de marzo, FJ 2) que esa suspensión «sólo es posible cuando esté expresamente prevista y ni la Constitución ni la Ley Orgánica de este Tribunal han atribuido a la interposición del recurso efecto suspensivo alguno cuando el recurso se dirige contra leyes del Estado ni han otorgado al Tribunal la facultad de acordar en este caso la suspensión de la Ley impugnada. Como intérprete supremo de la Constitución puede el Tribunal declarar la nulidad de los preceptos legales que sean contrarios a aquélla, pero sólo al término de un proceso mediante una decisión que razone la contradicción, pues su autoridad es sólo la autoridad en la Constitución y no ostenta representación alguna en virtud de la cual pueda recabar para su voluntad libre el poder de ir en contra de lo querido por la voluntad de la representación

popular o dejar sin efecto provisionalmente la promulgación acordada por el Rey». Lo que quiere decir que, en el caso de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, el art. 30 LOTC impide su suspensión tanto automática como a solicitud de parte, fuera del caso previsto en el art. 161.2 CE. Y es que, como dijimos en el ATC 462/1985, de 4 de julio, «[...] los poderes de suspensión que tiene el Tribunal Constitucional están tasados. La suspensión automática prevista para otros casos (art. 161.2 citado) o a solicitud de parte (como es el supuesto del art. 64.3 LOTC) o de oficio o a instancia de parte (caso del recurso de amparo) son reglas que convienen a cada uno de los supuestos para los que están establecidas, pero no pueden extenderse a casos distintos de aquellos para las que están instauradas».

Doctrina que se ha reiterado en los AATC 128/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 266/2000, de 14 de noviembre, FJ único; y 58/2006, de 15 de febrero, FJ 4, en los que se destaca que la vigencia de las decisiones que emanan de los cuerpos legislativos no puede ser suspendida sino en virtud de un apoderamiento expreso que, cuando se trata de las leyes procedentes de las Cortes Generales, no ha sido otorgado al Tribunal Constitucional, según resulta de lo dispuesto en el art. 30 LOTC, precepto que sólo permite e impone el aplazamiento de la vigencia cuando se trate de leyes autonómicas que impugne el Gobierno de la Nación si lo pide a través de la invocación del art. 161.2 CE. Así pues, de acuerdo con las citadas previsiones de la Constitución y de la LOTC y con la doctrina constitucional, el Tribunal Constitucional tiene vedada la posibilidad de suspender la aplicabilidad de la ley estatal, por lo que debe rechazarse la petición de suspensión de los preceptos impugnados en el presente recurso de inconstitucionalidad.

3. No alteran la anterior conclusión las alegaciones realizadas en el recurso para justificar la compatibilidad de la medida solicitada con el art. 30 LOTC o sobre la forma de evitar el obstáculo impuesto por éste. En cuanto a las primeras, porque se fundamentan en una interpretación insostenible del art. 30 LOTC, ya que no es posible distinguir con base en su propio tenor entre la ley en su conjunto y los concretos preceptos de la misma que hayan sido impugnados para delimitar el objeto de la regla del reiterado art. 30 LOTC. La interpretación del precepto de manera acorde con las previsiones constitucionales y sistemáticamente con los demás preceptos de la LOTC reguladores de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad conduce a la inequívoca conclusión de que la imposibilidad de suspender la vigencia de una ley se refiere tanto a ésta en su conjunto como a los preceptos que la integran. Y éste es el entendimiento que de dicha prohibición ha efectuado este Tribunal al

denegar las peticiones de suspensión de concretos preceptos de leyes del Estado en los casos resueltos por los AATC 141/1989, 266/2000 y 58/2006, aparte del supuesto a que se refieren los AATC 462/1985 y 565/1985, sobre la solicitud de suspensión del art. 119 del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (que ya era Ley sancionada, promulgada y publicada en el momento de resolver sobre dicha petición) formulada por el Consejo General del Poder Judicial en un conflicto entre órganos constitucionales del Estado. Por lo demás, como señala el Abogado del Estado, tal interpretación, de extenderse al resto de preceptos de la LOTC que contienen el régimen del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (que también se refieren genéricamente a las leyes), conduciría a la absurda conclusión de que sólo cabrían dichos procedimientos cuando se cuestionara la constitucionalidad de la ley en su conjunto y no cuando se discutiera la adecuación a la Constitución de preceptos aislados de la misma.

La otra línea argumental de la demanda, que postula el planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 30 LOTC, con objeto de obtener la suspensión de su aplicación al presente procedimiento, salvando así el obstáculo legal que impide atender la medida de suspensión postulada por los Diputados recurrentes, resulta inadmisibles, porque se fundamenta en una visión errónea de los presupuestos y consecuencias del planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad. En efecto, como advierte el Abogado del Estado, tal mecanismo sólo resulta procedente en el caso de los recursos de amparo, de acuerdo con lo previsto en el art. 55.2 LOTC, según se deduce de la propia doctrina de este Tribunal, que ha condicionado el planteamiento de la autocuestión a la previa existencia de un recurso de amparo (SSTC 40/1989, de 16 de febrero, FJ 2; y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6), hasta el extremo de que, en la autocuestión, se ha de ceñir el examen en el perímetro del debate trabado en el recurso de amparo previo (STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 2). En todo caso, frente a lo que se afirma en la demanda, el efecto que produce su planteamiento no es el de suspender la vigencia de la ley a la que se refiera la cuestión, sino la suspensión del procedimiento judicial en el que se haya suscitado, como se deriva de los arts. 163 CE y 35.3 LOTC. Es decir, que aun en el supuesto de que se planteara una autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 30 LOTC, a raíz de la petición de suspensión formulada por los recurrentes, el precepto continuaría vigente mientras se sustanciara la cuestión, siendo el procedimiento en el que se hubiese suscitado –esto es, el promovido por los recurrentes– el que quedaría en suspenso.

En suma, los argumentos expuestos no logran desvirtuar la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, sin que, en consecuencia, sea preciso analizar los razonamientos relativos a la existencia de *periculum in mora* y de *fumusboni iuris* que se contienen en la demanda.

Por último, atendiendo a lo interesado en la demanda y a lo alegado por el Abogado del Estado, este Tribunal Constitucional dará carácter prioritario a la tramitación y resolución del presente recurso.

Se acuerda denegar la solicitud planteada, con algunos votos particulares en contra.

4.4 OTRAS OPINIONES

Después del citado recurso de inconstitucionalidad interpuesto, se continúan dando opiniones al respecto y debatiendo sobre el tema.

Por ejemplo, Manuel Jaén Vallejo en un escrito al respecto, termina concluyendo que los supuestos de aborto no punible son supuestos en los que el Estado se abstiene de castigar porque comprende la situación por la que atraviesa la madre y comprende que quiera hacerse interrumpir el embarazo (para salvar su propia vida, salvaguardar su salud, porque el embarazo es producto de una violación, luego de un delito por ella sufrido, o bien porque tener un hijo con graves taras físicas o psíquicas constituye una excesiva carga que no se le puede exigir) y, por ello, el Estado renuncia a la pena, aunque no apruebe el aborto.²³⁷

En resumen, sigue diciendo, no es posible justificar el exterminio de vida humana, luego el ordenamiento jurídico no puede aprobar el aborto, aunque puede comprender que, concurriendo determinadas circunstancias (indicaciones), sistema que cuenta con la aprobación del Tribunal Constitucional, no se pueda exigir otro comportamiento y, por ello, renuncie a la pena, aunque no a expresar la desaprobación del hecho realizado. Se produce así un mejor equilibrio en el conjunto de los intereses a proteger, ponderando los distintos factores concurrentes, y no sólo los de la mujer, aunque no cabe duda que deberían potenciarse las

²³⁷ Cfr. JAÉN VALLEJO, M. “¿Aborto no punible?” en El Derecho, Grupo Francis Lefebvre, 18 de junio de 2013.

ayudas sociales para las mujeres embarazadas que las necesiten, no sólo en cuanto a la cobertura sanitaria necesaria durante el embarazo y el parto, sino también en cuanto a las posibilidades de poder afrontar dignamente la maternidad, asegurándose "políticas familiares y sociales válidas en apoyo de las familias" (*Encíclica Evangelium vitae*), especialmente de las más necesitadas: es la responsabilidad moral de toda la colectividad.

Alejandro Navas, que estudia el fenómeno del aborto desde hace años, recoge las reflexiones al respecto a la ley del aborto o también llamada "Ley Aído", por Bibiana Aído, ministra de igualdad y encargada de su tramitación²³⁸.

Comenta en su libro que el malestar de fondo que lleva observando desde tiempo en la realidad europea se debe en gran medida al desprecio de la vida humana, manifestado en prácticas como el aborto primero o la eutanasia.

Dice que si una sociedad juzga tolerable o da por bueno que podamos eliminar el embrión en el seno materno o acabar con el ya nacido cuya vida no reúne la calidad deseable, las demás infracciones acabarán pareciéndonos minucias, desviaciones sin importancia. Se pregunta el profesor que si se le puede privar a otro de la vida, como no se podrá hacer lo mismo con su dinero, propiedad, etc.

Si se atropella el derecho a la vida, todos los demás derechos secundarios y derivados, quedarán disponibles, y cualquier argumento justificará su vulneración.

Sobre ello termina diciendo que en términos del derecho penal, si se permite el delito grave, no tiene sentido prohibir la falta leve.

Enrique Gimbernat Ordeig, en el PRÓLOGO A LA VIGÉSIMA EDICIÓN del Código Penal²³⁹ establece que existe un Proyecto de Ley que va a introducir amplias e importantes modificaciones en el Código Penal, y sobre cuya fecha de aprobación es difícil emitir un vaticinio, así Como un Anteproyecto de Ley con el que se persigue derogar el sistema de plazos

²³⁸ Vid. NAVAS, A. "El aborto a debate", *Persona y cultura* núm. 25. EUNSA; Edición: 1, 2014, pág. 4.

²³⁹ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, Prólogo a la vigésima edición al Código Penal, Tecnos, Madrid, 2014, págs., 25 a 29.

actualmente en vigor para el aborto por un muy restrictivo sistema de indicaciones, Anteproyecto al que este autor es crítico al respecto.

Según el mencionado autor, sobre la regulación penal del aborto las posiciones que se defienden pueden reducirse, fundamentalmente, a dos:

A.- la posición de quienes estiman que el aborto debe ser prohibido penalmente, admitiendo, como mucho, su despenalización en casos extremos. Para el mismo, esta posición es la defendida por la Iglesia Católica, y ha sido asumida ahora por el Gobierno y según la cual existe vida desde el instante mismo de la concepción, por lo que, en consecuencia, todo aborto debe ser considerado poco menos que un asesinato y por el mismo motivo considera que debería ser rechazados no sólo el aborto, sino, y en cuanto que ello supone también la eliminación de óvulos fecundados, el dispositivo intrauterino, la píldora postcoital, la fecundación in vitro y la investigación con células madre.

B.- La segunda posición es la de quienes consideran que la interrupción del embarazo provocada en las primeras semanas deben de quedar al margen del derecho penal. Esta posición, siguiendo a su autor, simplemente niega la mayor de la posición A, rechaza equiparar, desde el momento de la fecundación y hasta las primeras semanas del embarazo, al cigoto y, posteriormente, al embrión y al feto en una etapa inicial con un ser humano, mantiene que se trata de una entidad que tiene únicamente un potencial de vida y que, por consiguiente, su eliminación no sólo es jurídicamente lícita, sino moralmente inobjetable, puesto que, en un embarazo indeseado, se produce un conflicto entre el ulterior desarrollo de aquél y los derechos constitucionales de la gestante a la intimidad, al libre desarrollo de su personalidad y a la libertad ideológica, conflicto en el que, por la mayor entidad de éstos frente a una mera potencialidad de vida, deben prevalecer los derechos de la mujer, quien, por lo demás, y si se obligara a proseguir el embarazo en contra de su voluntad, sería la que tendría que asumir en solitario la mayor responsabilidad que imaginarse pueda de una persona: la de cuidar, educar y proteger mientras viva a un hijo (que no quería tener).

Esta segunda posición es en la que se encuadra el autor mencionado ²⁴⁰, porque para el mismo ello no es necesario para argumentar por qué la vigente ley de plazos no debe ser derogada: porque para él mientras que quienes mantienen la posición B no se inmiscuyen para nada en la

²⁴⁰ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, "Estado de derecho y Ley Penal", 2009, págs. 33 a 38.

conducta que, de acuerdo con sus principios, quieren adoptar los defensores de la posición A, los partidarios de ésta se proponen resolver lo que no debería pasar de ser una discrepancia de opiniones utilizando el medio más radical de que dispone el Estado, el Derecho Penal, para imponer por la fuerza una discutida y discutible ideología.

El mismo argumenta que ciertamente que el Anteproyecto establece que “ en ningún caso será punible la conducta de la mujer embarazada” , pero con ello sólo se establece una excepción para esta última, que no alcanza a las restantes personas que, al practicar un aborto, no estiman que estén realizando ninguna conducta moralmente reproachable , sin que, continúa diciendo el autor, por otra parte, el Anteproyecto se moleste en explicar qué clase de eximente concurre en la gestante para justificar esa impunidad y excluir su responsabilidad criminal por su coautoría en un hecho delictivo., preguntándose este autor si como se ha sugerido recientemente podría ser la minoría de edad penal. Añade al respecto que aunque a ella se le exima de pena, la punibilidad de las restantes personas que intervienen en el aborto condicionará que, si el Anteproyecto: convierte en ley, la mujer preferirá interrumpir su embarazo en la clínica legal extranjera, atendida por personal sanitario tenido por respetado y respetable, antes que en una clandestina española, donde se podría convertir en “delincuentes” a los médicos y enfermeros que practicaren el aborto.

Para este autor, la prevista nueva regulación que se contiene en el «Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada» no corresponde con la realidad, ya que la proyectada penalización del aborto, para nada va a proteger la vida del concebido, además de que para el mismo es una ley simplemente impracticable.

Añade que diferencia de lo que cedía en los años setenta y hasta mediados de los ochenta del pasado siglo, en los que las españolas que querían interrumpir su embarazo tenían que desplazarse a un país extranjero y asumir los costes del mismo, ahora ni siquiera hará falta desplazarse tan lejos para interrumpir un embarazo indeseado, porque nuestros dos países vecinos –Francia y, desde 2007, Portugal- se rigen por una legislación que ha despenalizado el aborto practicado en las primeras semanas de gestación, legislación que, por lo demás, y con la excepción de los cuasiconfesionesales Estados de Irlanda y Polonia, es la vigente en la totalidad de los Estados miembros y objetivamente, las leyes de plazos son ya una seña de

identidad de los países europeos más avanzados en contraposición a las leyes penales antiabortistas características de Latinoamérica, África y Asia; por lo que las decenas de miles de españolas que hasta ahora abortaban legalmente en España cada año seguirán haciéndolo fuera de nuestras fronteras. Por lo que en la práctica: no se provocarán menos abortos (no se protegerá, por consiguiente, «la vida del concebido», sino que únicamente desplazarán de España a otros países europeos las interrupciones de embarazos indeseados.

Añade que aunque la despenalización parcial del aborto introducida en el Código Penal en 1985 formalmente era una ley de supuestos, de hecho operó como una de plazos, a consecuencia de las dos siguientes circunstancias:

En primer lugar, a que el 98 por 100 de las interrupciones del embarazo (el 63 por 100 de ellas llevadas a cabo antes de las ocho primeras semanas de gestación) fueron practicadas por la sanidad privada en clínicas concertadas.

Y, en segundo lugar, que el 97 por 100 de esas interrupciones se acogieron, sobre la base de dos dictámenes emitidos por psiquiatras vinculados a esas clínicas privadas, al «concepto jurídico indeterminado» de «grave peligro para [...] la salud [...] psíquica de la embarazada». En 2010 el legislador decidió derogar la regulación de 1985 y sustituirla por la vigente «Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo», que ya no sólo formal sino también materialmente es una ley de plazos que permite el aborto libre si se lleva a cabo en las primeras catorce semanas de gestación, Ley Orgánica que es la que ahora se quiere sustituir con el Anteproyecto del actual Gobierno.

Pero en casi treinta años de aborto libre en España hacen que la mujer que ahora, decide abortar, tiene por referencia a la generación de su madre, e incluso a la de su abuela, que han vivido en un país en el que durante décadas ha sido una práctica legal que, por ello, y para un amplio sector de la población, ha pasado a formar parte del sistema colectivo de valores como uno de los derechos que corresponde a la mujer. Y si el legislador estatal (y el legislador estatal es único, gobierne el PSOE o gobierne el PP), u nada menos que el legislador penal, se dedica a enviar mensajes contradictorios sobre la legalidad o no del aborto, no puede sorprenderse de que se le pierda el respeto ni de que las mujeres le hagan el poco caso que se merece, y acudan

a otro país de la Unión Europea, para allí Interrumpir el embarazo que ahora la ley española habría tenido capricho de prohibir.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado sí se ha atrevido a avalar la constitucionalidad del aborto a plazos, es decir, del aborto libre hasta la semana 14, en base fundamentalmente a tres argumentos: la íntima relación de la madre y del hijo en gestación, la presunción de buena voluntad de toda mujer embarazada respecto a su feto y la información como técnica adecuada para la protección del nasciturus.²⁴¹

Así, el Consejo de Estado entiende que durante el embarazo se genera «una íntima relación de ésta (la mujer) y el hijo en gestación». Esa relación entre el nasciturus (al que el Consejo de Estado califica como «hijo») y la madre gestante se inserta en la «más íntima intimidad de la mujer» hasta el punto de constituir una «relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social». El hecho de que la relación entre el nasciturus y la madre se desarrolle en la intimidad de ésta es lo que legitimaría a la madre, en disposición de su propia intimidad, a eliminar al nasciturus o, como lo expresa la ley, a «tomar la decisión final de la prosecución de su embarazo», sin necesidad de que se plantee ningún conflicto, sino como mera manifestación de su libertad para administrar su intimidad. En consecuencia, concluye el Consejo, es la «autorresponsabilidad» de la madre gestante la única garantía que debe establecerse en favor del concebido.

El argumento de la intimidad así utilizado introduce una auténtica novedad no ajena a riesgos pues esa intimidad también puede darse en otras relaciones personales, familiares o sociales y no por ello se podría amparar en ella la eliminación de la vida de otros seres humanos.

El hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya reconocido al nasciturus como «un tertium existencial» (un ser humano) distinto de la madre desde el inicio de la gestación, con realidad propia, sustantiva y diferenciada de la madre, y merecedor de la protección dispensada por el artículo 15 de la Constitución, hace difícil comprender que la disposición de su vida sea una parte integrante del derecho de la madre a administrar su

²⁴¹ ALONSO CAJIGAS A. *“La disparatada doctrina constitucional sobre el aborto”*.

<http://www.lne.es/opinion/2010/04/23/disparatada-doctrina-constitucional-abortobr/905094.html> (Consultado el 10 de mayo de 2014).

intimidad, intimidad además que ya ha sido administrada en el acto de procreación del nasciturus, siempre que este acto haya sido libremente practicado.²⁴² Con tal argumento la vida ajena pasaría a ser objeto disponible por otro sujeto; en este caso la del hijo respecto a la madre. Tal patrimonialización, fruto de una concepción maximalista del derecho a la intimidad, resulta incompatible con la concepción preeminente y superior que la doctrina constitucional otorga al derecho a la vida sobre otros derechos fundamentales, incluido el derecho a la intimidad.

En esta misma línea, el Consejo de Estado insiste en que no se puede proteger al nasciturus contra la voluntad de la mujer gestante, dada la íntima relación que mantienen, hasta el punto de entender que la única protección constitucionalmente posible durante las primeras etapas es la «autorresponsabilidad de la mujer gestante». Este argumento se cohonestaba con el de la presunción de la buena voluntad de la mujer embarazada respecto al nasciturus que ha concebido. Afirma el Consejo «que no resulta lógico suponer en la mujer gestante una voluntad malévola y ni siquiera arbitraria a la hora de decidir sobre la continuación de su embarazo» y además que si la mujer «opta por interrumpir su embarazo -con lo que ello supone física, psíquica y afectivamente-, será por causas, al menos subjetivamente, de la mayor gravedad». Este argumento es también novedoso en la doctrina jurídico-pública, pues a pesar de la indudable e intensa intimidad de concebido y madre ninguna ley ha optado jamás por proteger un bien jurídico (en este caso la vida humana del concebido) a través de la única y exclusiva voluntad u opinión subjetiva de un posible agresor. Parece que el Consejo de Estado entiende que no es posible la existencia de mujer alguna capaz de actuar por fines distintos a los de garantizar el bienestar del hijo concebido.

La experiencia general demuestra que la buena fe de la mujer respecto al ser humano que ha concebido, si bien es mayoritaria, no es absoluta, en ocasiones ni siquiera respecto al ya nacido, ya que se producen infanticidios. Efectivamente, si aplicamos el argumento que el Consejo de Estado utiliza para avalar el aborto libre en las primeras catorce semanas al tipo penal del infanticidio llegaríamos a la conclusión de que tampoco debería estar penado, pues,

²⁴² ALONSO CAJIGAS A. *“La disparatada doctrina constitucional sobre el aborto”*, disponible en: <http://www.lne.es/opinion/2010/04/23/disparatada-doctrina-constitucional-abortobr/905094.html> (Consultado el 10 de mayo de 2014).

parafraseando al Consejo de Estado, si la madre ha decidido libre y conscientemente eliminar a su hijo «con lo que ello supone física, psíquica y afectivamente, será por causas, al menos subjetivamente, de la mayor gravedad». ALONSO CAJIGAS A .considera, en el artículo que se está analizando que este razonamiento ilustra el sinsentido de configurar la presunción de buena fe de la persona (aunque sea la madre) como única garantía de respeto de otras vidas humanas y al margen de la ley penal, y ello reconociendo que el nasciturus está íntimamente unido a la madre y depende de ella para sobrevivir.

Finaliza el Consejo de Estado afirmando que es la información la mejor garantía de preservación de la vida del nasciturus respecto a la madre gestante y que sólo la información «habilita a la madre a ejercer plenamente su libertad de opción por ser una libertad ilustrada». Y aunque no cabe suponer mala voluntad en ser humano alguno, la experiencia demuestra que el libre arbitrio no siempre se ejerce en beneficio ajeno o del interés general, sino muchas veces vulnerándolo, de ahí que existan respuestas penales a determinadas conductas.

4.5 INFANTICIDIO Y ABORTO VERSUS HOMICIDIO Y ABORTO

Dado que el niño nacido y el no nacido son el mismo ser en diferentes etapas de desarrollo, como claramente muestran los conocimientos científicos actuales²⁴³, ¿los motivos esgrimidos para la despenalización del aborto y el pretendido derecho a abortar en principio son también aplicables al infanticidio?²⁴⁴

Así lo expresa claramente Singer –quizá uno de los pocos que han mostrado los planteamientos pro-aborto hasta sus últimas consecuencias– al proponer el neonaticidio eugenésico partiendo de la aceptación del aborto por este mismo motivo, “no entiendo cómo es posible defender la postura de que se puede “reemplazar” el feto antes de nacer, pero no a los recién nacidos (...) Si no se considerase que los recién nacidos discapacitados tienen derecho a la vida hasta, digamos, una semana o un mes después de nacer se permitiría a los padres, previa consulta con

²⁴³ “Podemos distinguir diferentes fenotipos o distintas fases en el desarrollo humano. Ahora bien, ninguno de esos estados posee un diferente nivel de realidad ontológica: es el mismo individuo en plenitud de vida embrionaria o fetal, o anciano”; Cfr. LÓPEZ MORATALLA, N. *“La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida”*. Persona y Bioética. Vol. 8, n. 20, 2004, págs. 6 a 23.

²⁴⁴ Cfr. GONZÁLEZ MARSAL, C. *“Más allá del aborto actual?...¿El infanticidio legal?”* Rev. Medicina y Humanidades. Vol. II N° 1 (Enero-Abril) 2010 .Sección de Bioética, pág. 27.

sus médicos, decidir basándose en un conocimiento mucho más amplio sobre el estado del recién nacido de lo que es posible antes de nacer”.²⁴⁵

Al debatir la despenalización del delito de aborto debemos tener presente la amenaza del infanticidio y no perder de vista lo que Stith recuerda, que «el niño recién nacido y el niño no nacido viven o mueren juntos. No hay manera de permitir el aborto (...) que no conlleve al infanticidio. (...) Debemos insistir en que un ser viviente se define por su naturaleza y no por alguna falta de manifestación de esta naturaleza y no por alguna falta de manifestación de esta naturaleza en el pasado, presente o futuro».²⁴⁶

Por lo que respecta a KANT, Si pensamos “Kant” y “aborto” a la vez, nos viene a la mente la segunda formulación del imperativo categórico, que nos dice “Actúa de tal forma que uses a la humanidad, tanto en tu propia persona como en la de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca meramente como medio”. Si aplicamos directamente la ley moral a casos concreto, podríamos pensar que la ética kantiana niega *categoricamente*, el aborto, pues se está tratando al feto o embrión como un medio, y no como un fin en sí mismo²⁴⁷.

Así, antes de pretender usar la segunda formulación del imperativo categórico de la primera forma que se nos ocurra, debemos entender dos conceptos importantes, y que están relacionados entre sí: el de persona y el de humanidad.

La humanidad no es pues la simple pertenencia a la especie humana (como se podría pensar irreflexivamente), sino la capacidad presente en seres racionales de decidir cómo llevar sus vidas y buscar la felicidad. No es pues, un mero uso técnico de la razón, sino más bien prudencial, sobre esta humanidad como valor fundamental de toda la ética kantiana—, que va de la mano inevitablemente con el uso moral.

²⁴⁵ SINGER P. “*Ética práctica*”. Cambridge University Press, 2ª ed., 1995, págs. 232 y 235.

²⁴⁶ STITH, R. “*La vida considerada como cosa: un error norteamericano fundamental*”. Cuadernos de Bioética. 2005, págs. 31 a 32.

²⁴⁷ Una posición todavía más superficial y absurda sería la que, basándose en la primera formulación del imperativo categórico, rechaza el aborto porque no puede ser universalizable.

De la misma forma, una persona no es tampoco cualquier miembro de la especie humana, sino un ser racional que cuenta con dichas capacidades. La ética kantiana reconoce una dignidad inherente e irrenunciable en todas las personas.

Surge inmediatamente el siguiente problema: la ética kantiana parece reconocer valor moral fundamental solamente a las personas, lo que excluye a animales no racionales, e incluso niños pequeños. La respuesta a esta aparente paradoja ha sido por lo general la posición que sostiene la “unidad de la persona”, que implica que un ser humano es el mismo ser durante toda su existencia, y ocasiona que otorguemos el mismo estatus moral no sólo a los niños, sino también a los fetos y embriones.

Esta posición, si se examina de forma más detallada, se vuelve difícil de fundamentar racionalmente, ya que a fin de cuentas, ser una persona conlleva ciertas responsabilidades al igual que derechos, que es imposible exigir a niños pequeños, y mucho más a un embrión o feto.

Por eso, Allen W. Wood, autor de *Kantian Ethics*, desarrolla una distinción que ciertamente no está presente en los escritos de Immanuel Kant, pero que no obstante, llena un vacío en su ética, y que resulta muy valioso para defender dicha teoría en la actualidad. La distinción que propone Wood es la de personas en sentido estricto, y personas en sentido extendido—o por chorreo, como se diría de forma coloquial.

Un acercamiento kantiano más consistente se basa en la idea de que podemos tratar, o fallar en tratar, la naturaleza racional como un fin en sí mismo no sólo en la persona de un ser racional en sentido estricto sino también en la forma que tratamos a otros seres que no son personas en sentido estricto. Por ejemplo, ciertamente mostraría una falta de respeto a la naturaleza racional no avanzar el desarrollo a la madurez de un niño en el que ya se ha empezado a desarrollar. Lo mismo es válido si es que no nos preocupamos sobre la recuperación de la naturaleza racional en un adulto que ha dejado temporalmente de ser una persona en sentido estricto por alguna lesión, enfermedad u otra incapacidad.

Así, para respetar propiamente la naturaleza racional, estamos requeridos a tratar a algunos seres que no son personas en sentido estricto en ciertos aspectos exactamente como si fueran

personas en sentido estricto. O, para ponerlo de otra forma, estamos obligados a otorgar, al menos para ciertos propósitos, un estatus equivalente al de una persona [personhood] a algunos seres que simplemente no son personas en sentido estricto. Por ejemplo, deberíamos tratar a niños pequeños como si teniendo el derecho a no ser matados, a tener su bienestar cuidado por otros, y su desarrollo hacia la madurez resguardado. Propongo que apliquemos el término personas en sentido extendido a los seres que no son personas en sentido estricto pero que deberían serle otorgados un estatus moral (en los aspectos relevantes) exactamente como el de los seres que son personas en sentido estricto.

Si aceptamos la diferencia que hace Wood, todavía podríamos afirmar que un feto o embrión debe ser considerado como una persona en sentido extendido, y en consecuencia, el aborto considerado como inmoral. No obstante, lo que señala el mismo Wood es que, al otorgar el carácter de persona en sentido extendido a un feto o embrión, se vulnera el derecho de personas en sentido estricto; es decir, de las mujeres que llevan el feto o embrión en su vientre. El nacimiento, entonces, resulta un límite apropiado para empezar a considerar al recién nacido como una persona en sentido extendido, y otorgarle los derechos respectivos. Hay que en cuenta que el problema de la legalización del aborto pertenece estrictamente a la esfera del derecho, lo que no se opone a que, en la esfera privada, de la virtud, personas distintas tengan posiciones distintas y actúen de acuerdo a ellas.

Concluyendo, y en cuanto a la opinión de Kant al respecto hay que decir que mientras que en la parte de la doctrina de la virtud (en *La metafísica de las costumbres*) Kant menciona que si una mujer embarazada comete suicidio está cometiendo un delito hacia otra persona (422); en el mismo libro, pero en la doctrina del derecho, Kant sostiene la algo tétrica posición que permite que una mujer que ha dado a luz un niño fuera del matrimonio puede eliminarlo para salvar su honra, pues legalmente no pertenece a la comunidad (336).

Así, Kant, en opinión del filósofo Jorge Navarro Tirado²⁴⁸, tampoco considera útil que se castigue en los casos en que la pena no tiene la potencialidad de disuadir a las personas de desplegar la conducta prohibida en la ley penal. Siguiendo al referido filósofo, Kant cuando se refiere al infanticidio materno (nacimiento de hijo ilegítimo) y al asesinato de un compañero de

²⁴⁸ Vid. TIRADO NAVARRO, J. "La pena en kant: ¿retribucionista en lo moral, pero no en lo legal?" en *Revista Estudios de Derecho*, núm. 150, 2010, págs. 85 a 112.

armas en duelo, dice que es bastante dudoso que la legislación tenga derecho a imponerles la pena de muerte: "Puesto que la legislación no puede borrar la deshonra de un nacimiento bastardo y aún menos la mancha que, por la sospecha de cobardía, cae sobre un jefe militar subalterno que no opone a una afrenta una fuerza personal que supera el temor a la muerte, parece que los hombres en estos casos se encuentran en el estado de naturaleza y que el homicidio (*homicidium*), que entonces ni siquiera tendría que llamarse asesinato (*homicidium dolosum*), sería sin duda punible en ambos casos, pero no puede ser castigado por el poder supremo con la muerte" (172- 173 *Metafísica*).

Así, Kant se pregunta, ¿cuál debe ser el criterio o patrón para determinar la extensión y el rigor de la pena? Responde, "que ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Sólo la ley del talión (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo..." (167 *Metafísica*). La medida de la pena está dada por la restricción a la libertad externa que causa el delincuente cuando comete un delito.

Como se ve, lo dicho por Kant refuerza la necesidad de establecer una posición coherente procedente de sus propios principios, pues él, obviamente, no pudo hacerlo.

Habiendo desaparecido el delito de infanticidio, tras el Código Penal de 1995, hoy habría que establecer la diferencia entre homicidio y aborto. Así en opinión de Muñoz Conde, "el hecho de que la muerte se haya producido tras el nacimiento impide exigir una responsabilidad penal por este delito; pero tampoco es posible exigirla por el delito de homicidio, ya que la acción se realiza cuando la vida aún no se había independizado".²⁴⁹

4.6 JURISPRUDENCIA

Sentencia Audiencia Provincial de Girona, sec. 1ª, S 6-5-2013, nº 188/2013, Rec. 666/2012.

²⁴⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, Valencia, 2002, pág. 32.

Se resuelve mediante ésta el recurso de apelación de una sentencia de fecha 10 de julio de 2012 del Juzgado Primera Instancia 4 Girona.

Don Gregorio, actuando en nombre propio, interpuso demanda en ejercicio de acción de responsabilidad civil extracontractual, del art. 1902 C. Civil y contractual frente a los facultativos Don Raimundo por su condición profesional de medico ginecológico que siguió todo el embarazo de su esposa D^a María Consuelo y D^a Natalia, especialista en toco ginecología que practico a aquella diversas ecografías, por vulneración de la "*lex artis ad hoc*", que concreta respecto al Dr. Raimundo en una errónea clasificación del embarazo y en la falta de información a los padres de la presencia de genitales ambiguos, antes de las 22 semanas de gestación, de modo que, de este modo, privó a los mismos de la posibilidad de acogerse al supuesto legal de aborto, extremos que resumía en completa omisión de diagnóstico prenatal y respecto a la Dra. Natalia en un pretendido deficiente control ecográfico, no visualizando las graves malformaciones que padecía el feto, y en relación a los dos, por transgresión del derecho de información del paciente, toda vez que sus omisiones determinaron que los actores y padres del niño Alejandro no hubieran tenido acceso a una importantísima información sobre la existencia de graves anomalías en el desarrollo del nasciturus, concretadas en síndrome polimalformativo, observando tras el nacimiento rasgos dismórficos y genitales ambiguos, así como cardiopatía congénita.

En el momento del parto la madre contaba con 29 años de edad y tenía un hijo completamente normal.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda respecto de todos los codemandados. Dice la sentencia que con carácter general debe recordarse que, numerosísima jurisprudencia, ha venido destacando que la responsabilidad médica es una obligación de medios y no de resultados, de modo que un resultado no deseable no implica una actuación indebida, o dicho de otra forma el hecho de que no se detectase la existencia de esta anomalía genética en las pruebas realizadas no conlleva necesariamente una mala praxis médica, pues el estado actual de la medicina no es infalible y existe un margen inevitable de error que no implica ni una falta de utilización de los medios necesarios ni una mala actuación de los médicos que la asistieron para impedir el resultado dañoso, simplemente es que hay que asumir como un imponderable que este porcentaje de error existe en la ciencia médica actual.

Puede decirse que, en los momentos actuales, se exige una negligencia del médico, materializada en la no información sobre la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico, errores en el diagnóstico o interpretación de los resultados, y falta de comunicación de los resultados dentro del plazo hábil para el aborto eugenésico; no obstante, la fijación de cuál es la *lex artis* exigible para considerar una conducta como diligente no es una cuestión pacífica.

En conclusión, partiendo de que en reclamaciones como la ahora analizada, no se parte del hecho de que el profesional sanitario causara el mal que sufre el niño, sino que no advirtió de él a sus progenitores y que, por ello, no se pudo impedir el nacimiento del niño enfermo, el daño debe identificarse con una reclamación de indemnización por no haber podido impedir su propio nacimiento y por haber permitido que naciera y viviera enfermo, lo que exige un enlace causal, preciso y directo, con el comportamiento del profesional sanitario que provoca el diagnóstico erróneo, que, a su vez, priva de la información necesaria para poder ejercitar la libertad de procreación o para conformar el supuesto de hecho a partir del cual se concede la facultad de aborto. De este modo, y como sostiene un sector doctrinal, debe analizarse el comportamiento del facultativo para comprobar, si además de un enlace físico entre omisión y resultado, aparece posible la imputación objetiva del mismo, y ello pasa por examinar si hubo o no un incremento de riesgo por parte del actuar de los facultativos y en el presente caso, la respuesta debe ser negativa, pues de la prueba practicada, analizada bajo el prisma de la regla probatoria del "daño desproporcionado", se desprende que, la conducta desarrollada por los codemandados, comparada con su alternativa diligente, no incrementó el riesgo de que se produjera el daño en cuestión, puesto que, sólo controlaron los dos primeros trimestres de la gestación, con seguimientos de los protocolos médico-sanitarios y pautas de conducta al uso, y en ese periodo no era posible detectar, por medio de marcadores, precisos e indubitados, el síndrome que padece Alejandro, de modo que aflorara como aconsejable la interrupción voluntaria del embarazo, antes de las 22 semanas de gestación.

Todo ello nos aboca a desestimar la acción de responsabilidad civil ejercitada frente a los facultativos médicos demandados y por su extensión al Centro Médico donde se practicó el control ecográfico y a la entidad aseguradora.

4.7 ESTADÍSTICAS

En cuanto a las estadísticas, nos remitimos a los datos publicado por el Ministerio de Sanidad , que se citan a continuación mediante tablas que recoge los datos desde unos años antes de la Ley 2010 a unos años después, para establecer comparativas a raíz de la Ley que estamos analizando.

Tabla 1

Número de Centros que han notificado IVE (Interrupción Voluntaria Embarazo). Número de abortos realizados. Tasas por 1.000 mujeres entre 15 y 44 años.²⁵⁰

Año	Centros notificadores de I.V.E.	Total I.V.E.	Tasa por 1.000 mujeres
2013	198	108.690	11,74
2012	188	112.390	12,01
2011	172	118.359	12,44
2010	146	113.031	11,49
2009	141	111.482	11,41
2008	137	115.812	11,78
2007	137	112.138	11,49
2006	135	101.592	10,62
2005	134	91.664	9,60
2004	133	84.985	8,94

²⁵⁰ <http://www.msssi.gob.es>

Tabla 2

Tasas por 1.000 mujeres por cada grupo de edad.

Año	19 y menos años	20 - 24 años	25 - 29 años	30 - 34 años	35 - 39 años	40 y más años
2013	12,23	19,43	16,84	13,42	9,22	3,92
2012	12,95	20,36	17,43	13,28	8,92	3,84
2011	13,67	21,34	17,72	13,36	9,23	3,86
2010	12,71	19,82	16,34	12,09	8,27	3,50
2009	12,74	20,08	16,02	11,63	8,05	3,36
2008	13,48	21,05	16,49	11,63	7,97	3,30
2007	13,79	20,65	15,57	11,07	7,67	3,25
2006	12,53	18,75	14,44	10,12	7,34	3,05
2005	11,48	16,83	12,60	9,07	6,48	2,87
2004	10,57	15,37	11,43	8,57	6,12	2,69

5. REGULACIÓN DEL ABORTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Con la reforma de la ley del aborto en España, se muestra una buena ocasión para analizar cuáles son los estándares en esta materia desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Conocer qué dicen los textos jurídicos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, tanto a escala universal como regional, respecto de la interrupción voluntaria del embarazo. Y, muy particularmente, cómo han interpretado esos textos normativos los distintos órganos de vigilancia de aquellos tratados (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte interamericana, Comités de las Naciones Unidas, etc.).

Como referencia a los Instrumentos Internacionales tenemos:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948.
- El 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó dos pactos en su resolución 2200 A (XXI): el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Estos pactos son un refuerzo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

- La Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, adoptada el 7 de noviembre de 1967.
- La Convención de los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989.

Y como instrumentos regionales, podríamos destacar dos:

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969.
- Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África (2003).

La mayor parte de los tratados e instrumentos jurídicos de derechos humanos guardan un escrupuloso silencio tanto sobre el pretendido “derecho al aborto” de la mujer como del no menos pretendido “derecho a la vida” del *nasciturus*. Así, por ejemplo, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos se pronuncian explícitamente por uno u otro.²⁵¹

En La **Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948**, tras la falta de consenso, las delegaciones partidarias de incluir una prohibición expresa del aborto en el artículo 3 de la Declaración, tuvieron que desistir.²⁵² La propuesta más será, vino de la mano de los representantes de Chile y del Líbano, defendiendo que el derecho a la vida, debía de garantizarse “desde el momento de la concepción”. Sin embargo, delegaciones tan importantes como Gran Bretaña, la Unión Soviética, Estados Unidos, China, Austria o Francia se oponían a una mención expresa a la prohibición del aborto, dado que ello no se conciliaba con algunas de sus legislaciones internas, que preveían la posibilidad del aborto.²⁵³

²⁵¹ SAURA ESTAPÁ, J. “El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones en perspectiva de Derechos Humanos” El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación “Desafíos regulatorios del derecho internacional y europeo ante los avances de las ciencias de la vida y la biotecnología moderna”, núm. DER2012-36793 del Ministerio de Economía y Competitividad. www.reei.org. op. cit.,

²⁵² Vid. ORAÁ, J/ GÓMEZ ISA, F. “La Declaración Universal de Derechos Humanos”. Deusto Publicaciones. Universidad de Deusto, Bilbao, 2008. pág. 70-73.

²⁵³ Vid. BLÁZQUEZ, N: “El recurso a la dignidad humana en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas” en IPF, Dignidad de la persona y Derechos Humanos Madrid, Instituto Politécnico (1982) pág. 124.

También se debatió la amplitud que había de otorgar a dicho derecho, es decir, si el derecho a la vida, debía incluir expresamente aspectos de carácter formal o, en cambio, debía ser completado, con elementos de carácter material. Sobre ese debate hubo una propuesta de Uruguay, Cuba, Líbano y México para incluir dentro del derecho a la vida una referencia a los derechos económicos, sociales y culturales; es decir, el derecho a la vida debería completarse con todo el conjunto de posiciones que posibilitan que esa vida sea una vida digna. La enmienda de estos cuatro estados disponía lo siguiente: “todo individuo tiene derecho a la vida, al honor, a la libertad, a la integridad física y a la seguridad jurídica, económica y social necesaria para el desarrollo de su personalidad”.²⁵⁴

Como podemos comprobar se vincula claramente el derecho a la vida con aquellas condiciones de carácter económico y social que son necesarias para el pleno desarrollo de la personalidad del individuo. Esta propuesta de vincular el derecho a la vida con los derechos económicos y sociales, no gozaba de una aceptación mayoritaria, por lo que finalmente no se incluyó en el artículo 3 de la Declaración Universal, siendo un aspecto que también ha sido criticado desde algunas instancias doctrinales.

En concreto, para CECILIA MEDINA, Jurista Chilena de prestigio internacional con larga trayectoria en docencia e investigación del derecho internacional de los derechos humanos, hay que vincular necesariamente el artículo 3 de la Declaración con los artículos 25 y 28 de la misma.²⁵⁵ Es decir, no se puede concebir el derecho a la vida como un derecho meramente formal, sino que hay que completarlo con el “derecho a un nivel de vida adecuado” (art. 25) y con el “derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos” (art. 28).

No se puede olvidar, en este punto, lo que dice RENÉ CASSIN, que “existe una indivisibilidad en el derecho a la vida, entre los elementos jurídicos de una parte, y los elementos materiales y económicos, de otra²⁵⁶”. Incluso avanzando en esta concepción amplia del derecho a la vida, se

²⁵⁴ Vid. MORSINK, J.: “*The philosophy Universal Declaration*” Humman Rights Quartely 1984. Pag. 327 y ss.

²⁵⁵ Vid. MEDINA, C: “*A 1988 Universal Declaration of Human Rights*” en Edición Especial del NQHR (The Netherlands Quarterly of Human Rights) 1989. Pag. 64 y ss.

²⁵⁶ En este mismo sentido el propio René Cassin se formula la siguiente pregunta: ¿no está bien funddo decir que el derecho a la vida no comprende solamente el derecho a no ser asesinado o a no ser condenado a muerte de una forma arbitraria, sino también el derecho a participar con su trabajo a la producción y a recibir correlativamente

ha llegado a defender actualmente que los derechos humanos de la tercera generación, es decir, el derecho al desarrollo, a la paz, al medio ambiente o a la asistencia humanitaria, serían el corolario del derecho a la vida y a la seguridad.²⁵⁷

Tampoco el **Convenio para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer** es tajante, aunque naturalmente muestra una clara inclinación a favor de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer; inclinación que puede interpretarse como derecho a decidir sobre su sexualidad, su cuerpo y su maternidad. En este sentido, su artículo 16.1.e) reconoce el *derecho* de las mujeres a la *igualdad de derechos* “en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares” y, en particular “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos”. Como puede observarse, el Convenio se formula en términos de no discriminación y no como derecho autónomo, por lo que al menos de la letra de la norma podría interpretarse que un Estado se halla conforme al Convenio mientras no trate de forma distinta a hombres y mujeres en el ámbito de la planificación familiar, sea cual sea la normativa al respecto. No sucede lo mismo con la segunda parte de ese párrafo (“...y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”) en el que el derecho se formula sin carácter comparativo con el hombre.

Por su parte, la **Convención sobre los Derechos del Niño** (1989) contiene lenguaje que podría interpretarse como «antiabortista», al incluir en su preámbulo una cita textual de la Declaración de 1975 sobre Derechos del Niño en estos términos: «Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*”».

Para la doctrina pro-vida, la conclusión es bien sencilla: “He aquí el reconocimiento internacional de la existencia del niño antes y después del nacimiento”.²⁵⁸ Sin embargo, Zampas

alimentos, un alojamiento, vestido,...? En CASSIN, R: “*La Déclaration Universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme*” (Volume 079) Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, (1951) pág. 285 y 286.

²⁵⁷ Cfr. ESPIELL, G: “*El Derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana*”. En Seminario sobre protección y promoción internacional de los derechos humanos. Universalismo y regionalismo, Caracas (31-7/4/8 1978.) pág. 11.

²⁵⁸ Vid. GONZÁLEZ MARSAL, C. “*Salud sexual, salud reproductiva y aborto, ¿qué derechos?*”, Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Vol. 21 (2), julio-diciembre, 2010, pág. 111

y Gher aseguran que el proponente de esta enmienda, la Santa Sede, aclaró en fase de negociación del Convenio que su propósito “no era impedir la posibilidad del aborto”,²⁵⁹ lo que se compadece mal con la tradicional postura de la Iglesia en la materia y sus propias manifestaciones en otros momentos de la negociación de la Convención.²⁶⁰

Los trabajos preparatorios de ésta muestran más bien que ese párrafo fue una concesión en aras al consenso²⁶¹ y que no fue la Santa Sede, sino los Estados que aceptaron la enmienda quienes lo hicieron manifiestamente sin perjuicio de la posibilidad del aborto legal.²⁶² Leída la Convención en su conjunto, se trataría de un reconocimiento del deber del Estado de promover la capacidad de los niños de sobrevivir y desarrollarse correctamente *tras* su nacimiento, para lo que la salud y la nutrición de la mujer embarazada serían instrumentales.

En este panorama de cierta ambigüedad, los dos instrumentos regionales citados, se sitúan en las antípodas conceptuales entre los derechos de la mujer y los derechos del concebido. Por un lado, el artículo 4.1 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (1969) reconoce el derecho a la vida en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Por otro, el art. 14 del **Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África** (2003), tras enumerar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres africanas señala, entre las obligaciones de los Estados parte:

²⁵⁹ Vid. ZAMPAS, C.; GHER, J.M. “*Abortion as a Human Right - International and Regional Standards*”, Human Rights Law Review, vol. VIII, núm. 2, 2008, págs. 263 a 264. Citan para hacer esta afirmación el informe del Grupo de Trabajo de la Convención de 10 de marzo de 1980, doc. E/CN.4/L/1542.

²⁶⁰ Véase, por ejemplo, la intervención del Arzobispo Martino en ocasión de la clausura de los Trabajos de la Convención en la Tercera Comisión de la Asamblea General, ya en 1989: “It was very significant that the draft convention on the rights of the child *recognized clearly the right to life of the unborn child*. Although the Holy See would have preferred to see further elaboration of that right in the articles of the draft convention, it was confident that the ninth preambular paragraph would serve as a guide for interpreting the rest of the convention.” en Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: *Legislative History of the Convention on the rights of the child*, Volume I, 2007, pág. 253.

²⁶¹ *Ibíd.*, pág. 294-296.

²⁶² “A number of delegations argued in support of the amendment on the grounds that their national legislation contained provisions protecting the rights of the unborn child from the time of conception. *They stated that the purpose of the amendment was not to preclude the possibility of abortion*, since many countries had adopted legislation providing for abortion in certain cases, such as a threat to the health of the mother.” *Ibíd.*, p. 285.

“Protect the reproductive rights of women *by authorizing medical abortion* in cases of sexual assault, rape, incest, and where the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the fetus.” (Art. 14.2c)²⁶³

De este segundo instrumento se ha dicho con razón que es el “único texto jurídicamente vinculante de derechos humanos que establece explícitamente el aborto como derecho humano y afirma que los derechos reproductivos de la mujer son derechos humanos”, si bien aún no ha habido ocasión de testarlo en un caso concreto ante la Comisión africana de derechos humanos y de los pueblos, particularmente por lo que respecta a la interpretación del alcance de las causas tasadas a las que se circunscribe la obligación de permitir el aborto.

También parece explícito el tenor del primero de los textos citados, en el sentido que el derecho a la vida en el continente americano estaría protegido “desde el momento de la concepción”, lo que aparentemente vendría a excluir cualquier posibilidad de un derecho al aborto en el continente americano. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no ha sido tan tajante. En su célebre pronunciamiento *Baby Boy c. Estados Unidos de América*²⁶⁴ la Comisión examinó la historia legislativa de la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948), que era el instrumento aplicable al caso y no contiene esa referencia a la concepción, así como la de la propia Convención de San José. Respecto de la Declaración Americana, concluyó que Estados Unidos tenía razón “en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo 1 de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido este principio.” Respecto de la Convención, opinó que la protección “en general” desde el momento de la concepción pretendía no alterar el equilibrio alcanzado en 1948 (“no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá”). Es decir “la voluntad de los Estados Partes al aprobar esta norma no fue otorgar al *nasciturus* un derecho absoluto a la vida equivalente al de las personas nacidas, ya que esta norma se consideró compatible con diversos regímenes de aborto

²⁶³ *Protocol to the African Charter on Human and People’s Rights on the Rights of Women in Africa*, Assembly of the African Union, Maputo, 2003. En este momento, el Protocolo cuenta con 36 Estados parte y otros 15 signatarios. Vid. <http://www.achpr.org/instruments/women-protocol> (Consultado el 12 de Enero de 2015).

²⁶⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Baby Boy v. USA*, Resolution 23/81, Case 2141 (United States), 6 de marzo de 1981.

legalizado vigentes en algunos de esos estados”.²⁶⁵ De lo que se deduce que la protección que las normas internacionales ofrecen al *nasciturus* tiene más que ver con el derecho de la mujer de proseguir con garantías su embarazo,²⁶⁶ cuando así lo desea, que con la concesión de derechos subjetivos al concebido. Como dirá la Corte Interamericana muchos años más tarde: “se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que *el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada*, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer”.²⁶⁷

Así, a pesar de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos apenas se refieren explícitamente a la cuestión del aborto o incluso a los derechos reproductivos de la mujer, del examen de la jurisprudencia internacional y observaciones dimanantes de las instancias ahora mencionadas cabe desprender que al menos existen dos grupos de derechos reconocidos universalmente que hay que ponderar para hallar el canon internacional en la materia: a) el derecho a la vida, en particular su extensión al concebido y no nacido, pero también el de la mujer embarazada; b) y los derechos a la vida privada y a la salud, que en perspectiva de derechos de la mujer pueden englobarse en los llamados “derechos reproductivos”. Por descontado, las cuestiones a tratar desde el prisma de los derechos humanos no se detienen en estos elementos nucleares, sino que abarcan otros, como el derecho a un nivel de vida adecuado, el acceso a información veraz o la objeción de conciencia, que también han sido objeto de atención por parte de la jurisprudencia internacional. Sin duda, se trata de una cuestión extremadamente sensible sobre la que la academia, como la sociedad, está dividida e incluso polarizada entre visiones que podríamos denominar “pro-vida” y “pro-elección” (expresiones típicamente utilizadas en la literatura anglófona como *pro-life* y *pro-choice*), con escasos matices intermedios.

Destacar que los **mecanismos internacionales de derechos humanos** se han pronunciado a favor de liberar las leyes sobre el aborto, y han incluido en sus recomendaciones a España.

²⁶⁵ Vid. UNDARRAGA, V. “La decisión sobre el aborto de la Corte Europea de Derechos Humanos ‘A, B and C v. Ireland’ y su importancia para el sistema interamericano”, *Anuario de Derecho Público UDP*, 2010, p. 399.

²⁶⁶ En esta línea, vid. también el art. 39 del *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, por el que los Estados parte se comprometen a tipificar “la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado”.

²⁶⁷ Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pár. 222.

Así, tras la ley de Plazos de 2010 el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** recomendó al Estado *“garantizar la plena aplicación de la Ley Orgánica 2/2010 en todo el territorio nacional, para así garantizar un acceso equitativo a la interrupción voluntaria del embarazo”*.

El **Parlamento Europeo** ha recomendado a los Estados miembros de la Unión que aseguren que el aborto sea legal, seguro y accesible para todas las mujeres.

La **Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa** ha afirmado que la decisión última de realizarse o no un aborto debería ser tomada por la mujer y debería tener los medios para ejercer dicho derecho de manera efectiva.

Además, también instó a los Estados parte a despenalizar el aborto dentro de los límites o periodos de gestación razonables.

Según el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** hay un consenso entre una mayoría sustancial de los Estados Partes del Consejo de Europa a favor de permitir el aborto, más aún, que la mayoría de dichos estados ha resuelto en sus legislaciones internas el conflicto entre los intereses en juego a favor de un mayor acceso al aborto.²⁶⁸

Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y derechos de la mujer embarazada, que aprobó el Consejo de Ministros el 2 de diciembre de 2013²⁶⁹, para el TEDH, no sólo no contempla procesos claros, sino que adolece de ciertos mecanismos necesarios e implica trabas desproporcionadas al aborto legal en la práctica.

Cualquier obstáculo o barrera que en la práctica impida un acceso real al aborto legal supone incumplir las obligaciones del Estado de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España. Además, tales obstáculos sin duda tendrán un impacto desproporcionado en mujeres pertenecientes a los grupos socialmente más desfavorecidos y marginados y supone una clara discriminación.

²⁶⁸ Vid. VICENTE MARQUEZ, L. *“La reforma del aborto a la luz del derecho internacional”*. Series Análisis Jurídicos núm.1, Marzo 2014, pág. 2.

²⁶⁹ http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html , (Consultado el 14 de marzo de 2014).

5.1 TOMA DE POSTURA

El inicio de la vida y la muerte han sido históricamente dos situaciones que han planteado importantes problemas éticos. Ambas constituyen los dos momentos más importantes de la vida, compartiendo todavía algo de misterio y solemnidad. Particularmente los problemas éticos al inicio de la vida han ocasionado actitudes muy polarizadas con dificultades para llegar a acuerdos sociales.

En nuestro país no es hasta 1985 cuando se aprueba la primera norma legal de despenalización del aborto. Dicha norma fue precedida de un intenso debate político e ideológico cargado de tensiones, a las que la profesión médica no permaneció ajena. Han pasado más de tres décadas y una gran parte de grupos políticos y ciudadanos plantean una reforma de la norma legal para acomodarla a nuevas demandas sociales. Esta circunstancia ha reabierto nuevamente el debate y enfrentamiento entre posiciones desgraciadamente muy contrapuestas acerca de la consideración moral del aborto y las fórmulas para su regulación.

El **problema ético del aborto** se plantea por el conflicto entre dos valores. La autonomía procreativa de la mujer y la inviolabilidad de la vida humana. Si ambos valores se plantean de forma absoluta no existe posibilidad de una solución equilibrada. En un extremo del absolutismo se sitúan los grupos «pro-life» que parten de la consideración de la vida como valor absoluto sin excepciones y de que el inicio de la vida humana se produce en el mismo momento de la concepción. En el otro extremo los grupos «pro-choice» que consideran la concepción y gestación como apéndices del organismo femenino y solo ella debe tener capacidad para tomar decisiones hasta la desvinculación orgánica del feto respecto al cuerpo de la madre.

En el origen de las posiciones polarizadas antes enunciadas se encuentra la ausencia de consenso sobre el momento biológico, dentro del proceso de desarrollo embrionario, en que podemos considerar la existencia de una persona. En este proceso hay grandes diferencias sobre cuál sería el punto crítico; la fecundación, el momento de la anidación, el inicio de la actividad cerebral, el final de la diferenciación de órganos y aparatos vitales o la existencia

autónoma fuera del vientre materno. Cada una de estas opciones conlleva posiciones morales diferentes que resulta complejo conciliar.

No obstante, hay opciones que recogen líneas de pensamiento integradoras. Que si bien reconocen que la vida humana es inviolable, y debe ser además un bien de especial protección por la sociedad, existen excepciones que deben determinar una actuación distinta. Que si bien reconocen la necesidad de proteger la vida del embrión o el feto no consideran a la mujer como medio exclusivo para el fin de la reproducción (subordinada a la finalización de un embarazo) y sí como persona como fin en sí misma. Que si bien reconocen la libertad y autonomía de la mujer como parte de su dignidad personal, entienden que la decisión de abortar debe ser responsable, coherente y, a partir de determinada semana del proceso de desarrollo fetal, compatible con preceptos legales de protección del feto.

Desde posiciones de ética civil integradora nadie duda que el aborto debe ser despenalizado y regularizado. No obstante, no debería considerarse nunca como un método contraceptivo ni como una opción recomendable. En todo caso la regulación del aborto no fomenta su uso, ni obligar a ninguna mujer a adoptar una interrupción no deseada o una decisión en contra su conciencia. La experiencia en Europa demuestra que donde se ha sido más permisivo en cuanto a leyes de plazos no se ha producido un incremento en el número total de los mismos.

Por otra parte, tras 30 años de aplicación de la despenalización del aborto en España se han producido dos circunstancias que una futura reforma debería reconducir. De un lado, el hecho de que tan solo el 2,5% de las interrupciones de embarazo se realizan en el sector público y de otro las masivas y generalizadas objeciones, o pseudo-objeciones, de conciencia de profesionales sanitarios que han conducido a importantes desigualdades territoriales de acceso a una prestación reconocida del sistema sanitario público.

Por lo que, es necesario iniciar la búsqueda de un consenso de mínimos: El aborto siempre será un mal menor forzado por una realidad social y humana penosa. La realidad social, aunque avalada por aplastantes estadísticas sanitarias, por sí sola podría no justificar el cambio legislativo que se propone. Es la realidad humana la que aconseja el reconocimiento de la dignidad y la autonomía de la mujer para tomar decisiones y hacerse responsable de las mismas.

Es posible adoptar posiciones de equilibrio que salvaguarden la pluralidad moral de la sociedad. Todas las posiciones son legítimas salvo las que tratan de imponer de forma absoluta sus criterios o aquellas que proponen la condena social y legal a quienes discrepan. Y ninguna institución, grupo o colectivo profesional puede arrogarse ningún tipo de superioridad moral o monopolizarla.

Son posibles y deseables los acuerdos de mínimos parlamentarios que permitan una concordia democrática en la nueva regulación legal del aborto. Pero depende de cada uno de nosotros, como ciudadanos y como profesionales, asumir y aplicar dichos acuerdos para permitir un ejercicio efectivo de los derechos de la mujer y una convivencia democrática basada en el respeto y la tolerancia cívica y moral.

En mi opinión personal obviamente hay que reconocer el derecho a la vida de las personas, tal y como hace el art.15 de la CE, y en este caso, el derecho a la vida del todavía, no nacido, con excepciones como cuando la vida de la mujer corre peligro, cuando el embarazo es producto de violación o incesto y cuando el feto tiene malformaciones incompatibles con la vida.

Estas observaciones salvaguardan los derechos de las mujeres a decidir si continuar o no con un embarazo producto de una violación o un incesto, así como la posibilidad de que un médico pueda actuar realizando el procedimiento correspondiente para preservar la vida de una embarazada en riesgo.

En ese sentido, cada día los grupos sociales en el país hablan de los derechos de las personas, entre estos, a la educación, a la salud, a libre tránsito, a la libre elección, y que por su lado, la población se empodera de sus derechos.

En el caso de **violación o incesto**, las mujeres tienen derecho a la salud mental, por lo que debe tener la posibilidad de decidir qué hacer ante una de estas situaciones. De tal manera que una mujer que haya sido violada y que producto de ello resultase un embarazo, esa mujer tiene derecho a decidir si continuar con el embarazo o está preparada mentalmente para concluir el embarazo, de igual forma si ella no está en capacidad de saber que el resto de su vida no la

pasará con salud mental producto de esa situación, ella tiene derecho a la salud mental. Del mismo modo si se tratase de un incesto.

En el caso de que la **vida de la mujer corra peligro**, generalmente cuando llega a un centro de asistencia con un aborto en curso, muchos son provocados y esto aumenta la posibilidad de complicaciones y aumenta la posibilidad de muerte. Un médico, consciente de lo que diría el Código Penal indudablemente que no intervendría a esa mujer. La ley le está negando la vida a esa mujer y el médico está obligado a cumplir la ley, salvo que alegue objeción de conciencia. De tal manera que no haría el procedimiento que corresponde esa mujer fallecería y estamos negándole el derecho a su vida y no solo la de ella, sino la de sus hijos, la de su familia.

En cuanto a tercera excepción que un **embarazo ectópico** (que se desarrolla fuera del útero) que debe ser interrumpido en el cien por ciento de los casos porque mantenerlo representaría la muerte para la mujer , la ley negaría la vida a esa mujer, al considerar que por encima del dogma está la realidad.

Estas excepciones contempladas protegen la vida de la mujer y se valora en toda su dimensión las implicaciones de salud y vida de éstas.

CAPITULO QUINTO

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO REFLEJO DE LA MORAL

1. INTRODUCCIÓN

Por lo general se coincide en la idea de que si queremos mantener el orden social, la ley debe de ser obedecida, y todos debemos respetar lo que nos dicten, sin embargo vivimos en un mundo plural donde la interpretación de lo bueno y lo malo pasa por la visión de la subjetividad, y que cada día se pugna por el reconocimiento de nuevas libertades, creciendo un pensamiento liberal debido en gran medida a los medios de comunicación, las redes sociales, el contacto con otras culturas, la educación y, en especial, las influencias de otras formas de pensamiento.

Si a ello sumamos que a veces la norma no contiene el sentimiento de justicia que la sociedad, o ciertos grupos de ella esperarían, y que se contrapone a ciertos principios (religiosos, morales, éticos) nos plantea una obligación que puede o no, estar en consonancia con lo que ciertos grupos consideran justo generando un conflicto entre obedecer la norma o los dictados de la propia razón, que llamamos conciencia.

María del Carmen Barranco ha señalado “que la forma de entender los derecho humanos ha variado a lo largo de la historia, y que distintas concepciones de lo que es la libertad o los derechos, buscaron su acomodo en el derecho positivo y a la larga lo lograron, pero tal situación no es estática, nuevas ideas surgen y buscan ser reconocidas en un afán de justicia, porque los derecho forman parte de una justicia entendida”.²⁷⁰

²⁷⁰ Cfr. RUZ SALDIVAR, C.” *El derecho a la divergencia, la objeción de conciencia*”. Amazon Digital Services, Inc.2013. pág. 3.

La objeción de conciencia consiste en el incumplimiento de una obligación de naturaleza legal, cuya realización produciría en el individuo una grave lesión de la propia conciencia. Desde los mismos orígenes del Estado de Derecho, el respeto a la libertad de conciencia ha sido considerado uno de los derechos más fundamentales, ya que se presupone que la libertad y la dignidad humanas se encuentran por encima del mismo Estado. El derecho a la objeción de conciencia puede entenderse como la dimensión externa de la libertad ideológica y de conciencia.

Este derecho, pilar esencial en todo Estado de Derecho, posee especial relevancia en el debate bioético, al tratarse de una vía muy adecuada para solucionar, en un sistema democrático, los inevitables conflictos que genera la tensión entre legalidad y justicia. En las últimas décadas, el derecho a la objeción de conciencia ha desarrollado toda su virtualidad en aquellos países en los que se han aprobado leyes despenalizadoras del aborto. Las profesiones sanitarias tienen un horizonte y un sentido claros: el cuidado y el respeto de la vida, la salud y la integridad de todos los seres humanos. En consecuencia, cuando una norma legal vulnera o contradice este principio, surgen sólidas razones para fundamentar el derecho a la objeción de conciencia de los sanitarios.²⁷¹

En palabras de Prieto, “es el incumplimiento de una obligación de naturaleza personal, cuya realización produciría en el individuo una lesión grave de la propia conciencia o, si se prefiere, de sus principios de moralidad”.²⁷²

El reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia ha sido uno de los logros más importantes de finales del siglo XX, en el ámbito de los derechos humanos.

Un paso decisivo en tal reconocimiento legal lo representa la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, de 1967. En ella se establece que la objeción de conciencia ampara cualquier “convicción profunda de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico o de otro tipo de la misma naturaleza”, afirmando, de forma expresa, que el reconocimiento de

²⁷¹ Vid. APARISI MIRALLES, A. Y LÓPEZ GUZMAN, J. Artículo: “El Derecho a la Objeción de conciencia en el supuesto del Aborto” revista Persona y Bioética, vol. 10, núm. 1(26), pág. 35 y 36.

²⁷² Cfr. PRIETO SANCHÍS, L. “La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho”, Sistema, Revista de Ciencias Sociales, núm. 49, 1984, págs. 41 y ss.

la objeción de conciencia deriva, lógicamente, de los derechos fundamentales del individuo, garantizados en el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión). Dicha convención obliga a los Estados miembros a respetar las libertades individuales de conciencia y religión.

Por su parte, la Constitución reconoce, expresamente, el derecho fundamental a la objeción de conciencia. En este contexto, hay que recordar que los derechos humanos o fundamentales son la plasmación, en el ámbito jurídico social, del valor absoluto y la dignidad intrínseca de la persona.

Por lo tanto, “estos derechos no son concesiones que el Estado hace sino exigencias interiores que dimanan del ser personal y que el Estado, si obra correctamente, no puede menos que reconocer”.²⁷³

La objeción de conciencia como tal solo está reconocida de manera expresa en la Constitución Española en relación con el servicio militar obligatorio (art. 30.2). Sin embargo el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la objeción de conciencia tiene base constitucional en su art. 16.1²⁷⁴ que proclama la libertad ideológica.²⁷⁵

2. OPCIONES DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS.

El profesor Navarro Valls ha publicado estudios clásicos sobre la objeción de conciencia en diferentes cuestiones, y también a la que nos ocupa, al aborto²⁷⁶. Es un tema que ha vuelto a estar de actualidad a partir de la ley 2/2010 de 3 marzo.

²⁷³ APARISI MIRALLES, A. Y LÓPEZ GUZMAN, J. Artículo: “El Derecho a la Objeción de conciencia en el supuesto del Aborto”, op. cit., pág. 37 y 38.

²⁷⁴ Art. 16.1 C.E: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

²⁷⁵ Sentencia del TC del 11 de abril de 1985, fundamento jurídico 14: “la objeción de conciencia existe y puede ser ejercida con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida en el art. 16.1 de la Constitución”.

²⁷⁶ Cfr. NAVARRO VALLS, R.” *Las objeciones de conciencia*” *Debate actual: revista de religión y vida pública*” ISSN 1887-0910, Nº. 12, 2009, págs. 35-50; “*La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo*”. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, ISSN 0211-4526, Nº. 53, 2005, págs. 259-292; NAVARRO VALLS, R Y MARTÍNEZ-TORRÓN J.” *CONFLICTOS ENTRE CONCIENCIA Y LEY. Las objeciones de conciencia*”. Estudios doctrinales. ISBN 978-84-9890-134-4. Enero 2011;

La objeción de conciencia consiste en la negativa a ejecutar prácticas abortivas o a cooperar, de forma directa o indirecta, en su realización. Esa negativa se motiva en que ese proceder supone una infracción grave de los usos deontológicos, de la ley moral o incluso de normas religiosas. Así aunque el acto de objetar es un problema de libertad de conciencia, el fundamento último de las razones que llevan a ella, sería la libertad de pensamiento o libertad religiosa.²⁷⁷

Así el fundamento de la objeción de conciencia puede ser muy diverso, y suele plantearse desde tres puntos de vista que se analizarán más adelante: deontológico, ético y religioso.

La negativa a realizar abortos puede encuadrarse en la categoría de la objeción de conciencia.

Durante años, el derecho a la objeción de conciencia al aborto de los profesionales sanitarios se ha fundamentado en la aplicación directa de la Constitución Española, que reconoce el derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1). Pero era una solución con muchos inconvenientes. La doctrina mayoritaria aconsejaba la regulación de este derecho. Atendiendo a esa solicitud, la Ley Orgánica reconoce el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios.²⁷⁸

La regulación explícita del derecho, siguiendo las pautas de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, resultaba necesaria por el paso de la situación de ilegalidad del aborto, salvo en los supuestos de despenalización, a la consagración del derecho de la mujer a abortar.

El fundamento de la objeción de conciencia al aborto suele plantearse desde tres puntos de vista: deontológico, ético y religioso. Así, las normas deontológicas de la profesión médica y de la enfermería reconocen el derecho a la objeción de conciencia. El Código de Ética y Deontología Médica, de 1999, dispone que el médico pueda abstenerse de la práctica de

MARTÍNEZ SALMEAN, J.; NAVARRO VALLS, R, SÁNCHEZ CARO, J: *"La objeción de conciencia"* .Estudios de derecho judicial, ISSN 1137-3520, Nº. 29, 2000 (Ejemplar dedicado a: Bioética y justicia: (actas del Seminario conjunto sobre bioética y justicia, celebrado en Madrid del 6 al 8 de octubre de 1999)), ISBN 84-89230-15-3, págs. 287-380; JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M.A, NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ TORRÓN, J. *"La objeción de conciencia a tratamientos médicos"*: Derecho Comparado y Derecho Español. Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, núm. 18, 1988 (Ejemplar dedicado a: Estado y fenómeno religioso), págs. 163-277.

²⁷⁷ Cfr. SARGADOY BENGOCHEA, J.A y GIL Y GIL, J.L. *"Religión, matrimonio y Derecho ante el s. XXI, estudios en homenaje al profesor Navarro Valls"*, lustel. pág. 1121 y ss.

²⁷⁸ Cfr. GIL Y GIL, J.L. *"La objeción de conciencia al aborto de los profesionales sanitarios."* Capital Humano, núm 245, julio y agosto de 2010, pág. 116-117.

determinados actos profesionales, como el aborto, la fecundación in vitro o la esterilización, si éstos se encuentran en contradicción con sus convicciones éticas y científicas (art. 26). En términos similares se manifiesta el artículo 22 del Código Deontológico de la Organización Colegial de Enfermería, aprobado por resoluciones números 832/89 y 2/98.

La STC 53/1985, de 11 de abril, hubo de abordar la ausencia, en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, de una regulación sobre la objeción de conciencia del personal sanitario. Tras señalar que al Tribunal no se le oculta la “especial relevancia” de la cuestión relativa a la objeción de conciencia del personal sanitario, y que la regulación de la misma puede revestir un “singular interés”, añade que ese derecho “existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación”, en la medida en que “la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

El derecho a la objeción de conciencia debe compatibilizarse con otros derechos e intereses legítimos. Ante todo, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia colisiona con el derecho de la madre gestante a interrumpir el embarazo en los supuestos legales. Tal derecho se traduce en un deber correlativo de las instituciones sanitarias de garantizar la prestación del servicio. Por tanto, la objeción de conciencia colisiona con el funcionamiento adecuado de los centros públicos o privados, que han de asegurar la debida asistencia sanitaria, y con el deber de los profesionales sanitarios de cumplir las órdenes e instrucciones de las instituciones sanitarias. Así pues, es menester hallar un punto de equilibrio, según exige el principio de proporcionalidad. En este sentido, la institución sanitaria debe acomodar razonablemente la organización. A tal efecto, puede asignar al personal sanitario objetor otras tareas dentro del mismo servicio, por ejemplo, la previas o posteriores a la intervención quirúrgica, o bien la emisión de informes. En otros casos, resultará necesario trasladar al personal de ginecología a otros servicios dentro del mismo centro de trabajo. Con todo, la jurisprudencia sobre el particular es contradictoria (STS, Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 20 de enero de 1987, Ar. 18; SSTSJ de Aragón de 18 de diciembre de 1991, Ar. 6687, y 23 de septiembre de 1992, y STS de 25 de noviembre de 1993, Ar. 9075). La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo,

reconoce el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, en el artículo 19.2, apartados segundo y tercero.

Son titulares del derecho los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo. El derecho a la objeción de conciencia al aborto solo pertenece al personal sanitario (médicos especialistas en obstetricia y ginecología, personal de enfermería, auxiliares de clínica, anestelistas, matronas o estudiantes en prácticas) que, de una u otra forma, interviene de forma directa en la realización del mismo.

No parece razonable extender el derecho a los médicos que cumplen tareas de dirección o administración de un centro público en el que se practican interrupciones legales del embarazo (director, jefes de servicio o similares), respecto de los actos directamente asociados al ejercicio de esas funciones (distribución de tareas, asignaciones presupuestarias, suministros), sin perjuicio de su derecho a negarse a intervenir en la ejecución material de las intervenciones abortivas. Tampoco se reconoce el derecho al personal administrativo y laboral por actos asociados de modo indirecto a la práctica del aborto, como los que realizan el personal de recepción, camilleros, limpiadores, personal de mantenimiento, auxiliares de cocina o administración.

En virtud de lo establecido en la Ley Orgánica, el rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo.

No cabe, pues, la objeción colectiva de todo el servicio de ginecología de un centro: cada profesional sanitario que intervenga directamente en la interrupción voluntaria del embarazo hade ejercitar el derecho de forma individual.

Tampoco cabe que un hospital o una clínica aleguen la objeción de conciencia frente al deseo de la gestante de interrumpir su embarazo.

En realidad, lo decisivo no son las características profesionales o personales de quien pretende objetar, sino más bien el objeto o tipo de actos que realiza. Se hallen vinculados por una

relación funcional o laboral, solo pueden ejercitar el derecho a la objeción de conciencia los profesionales sanitarios “directamente implicados” en la interrupción voluntaria del embarazo. Añade la Ley Orgánica que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia no puede menoscabar el acceso y la calidad asistencial de la prestación. En todo caso, los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen, antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo. Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación. En fin, en cuanto a la forma de ejercicio, la decisión individual debe manifestarse anticipadamente y por escrito.

Aunque la Ley Orgánica no lo menciona, existe un límite indiscutible para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia: el peligro grave para la vida de la madre. Es una constante en las legislaciones que regulan la objeción de conciencia el establecer, como salvedad, los casos de riesgo vital para la mujer. El segundo límite para la objeción de conciencia del personal sanitario a la práctica de abortos procede de la propia veracidad de la objeción.

Tampoco ha añadido la Ley Orgánica una cláusula expresa que prohíba la discriminación de los objetores en materia laboral, salarios, ascensos o traslados. Aun así, se aplica en la materia la tutela genérica en materia de no discriminación [arts. 14 CE, 14 i) EBEP y 17.1 ET].

3. POSTURA DEL MINISTERIO FISCAL

En cuanto a la objeción de conciencia de los miembros del Ministerio Fiscal, y haciendo un enfoque normativo, hay que decir que es importante analizar primeramente la objeción de conciencia en general; la del funcionario público en segundo lugar; la de quienes desenvuelven su trabajo en el ámbito de la Administración de Justicia después y por fin las peculiaridades en el ejercicio de la función fiscal y, en su caso, simetrías y diferencias con la función jurisdiccional.²⁷⁹

²⁷⁹ Vid. DEL MORAL GARCÍA, A. “La objeción de conciencia en los miembros del Ministerio Fiscal” (Ponencia presentada al curso “Objeción de conciencia y función pública” a celebrar los días 17 a 19 de mayo de 2006 en el marco del Programa de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial).

3.1 LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN GENERAL

Un ejemplo de la técnica de la ponderación: la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002

La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002²⁸⁰ asume en un caso de objeción de conciencia esa forma de enfocar el problema de ponderación entre los diferentes valores en conflicto. El supuesto de hecho es conocido y aparece no infrecuentemente en nuestros Tribunales: la objeción de conciencia de los testigos de Jehová a someterse a transfusiones de sangre. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional anulaba una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo²⁸¹.

A raíz de una herida producida por una caída accidental se detectó en un muchacho de 13 años un proceso de leucemia. La naturaleza específica de la leucemia no llegaría a ser determinada. Durante la evolución y, posteriormente, a la hora de enjuiciar los hechos, no se pudo contar con un pronóstico. Se ignoran las probabilidades que había de sobrevivir al proceso y si la leucemia hubiese resultado fatal en todo caso. Los padres, testigos de Jehová, llevaron al niño al Hospital. La transfusión que fue prescrita sería rechazada por los padres que requirieron un tratamiento alternativo, manifestando su disposición a recarlo de otro centro sanitario si allí les era denegado. No se accedió a ello y los médicos del centro se dirigieron al Juzgado para obtener una autorización judicial que les permitiese proceder a la transfusión en contra de la voluntad de los padres.

Ante la intervención judicial los padres se resignaron y los médicos se dispusieron a realizar la transfusión. Pero el menor también se negó y ante la negativa de éste y de los padres le dieron el alta voluntaria.

Los padres acudieron a otro Hospital intentando obtener la atención de algún especialista de prestigio y un tratamiento alternativo. También en ese centro se consideró imprescindible la transfusión. Se repitió la secuencia: tanto los padres como el menor rehusaron el tratamiento alegando motivos morales. Pese a existir constancia de la autorización judicial, también en este

²⁸⁰ «BOE» núm. 188, de 7 de agosto de 2002, pág. 51 a 63.

²⁸¹ STS 4567/1997 de 27 de Julio de 1997.

Hospital se descartó la posibilidad de hacer una transfusión con ese respaldo.

En un tercer Hospital, privado, se repitió la historia. De regreso a su domicilio el menor permaneció con la única asistencia del médico de la localidad. Teniendo conocimiento de la situación, el Ayuntamiento comunicó los hechos al Juzgado de Guardia que acordó, finalmente, la entrada en el domicilio para prestar al menor las atenciones médicas que considerasen necesarias el facultativo y el forense del Juzgado de Guardia. Pero ya era tarde. El menor falleció a consecuencia del proceso desencadenado, proceso que una transfusión hubiese permitido detener.

Es importante subrayar que los padres no manifestaron rebeldía alguna frente a las distintas órdenes judiciales. Estaban dispuestos a acatarlo, pero no a colaborar con los mismos en contra de los dictados de su conciencia.

El proceso penal abierto contra los padres desembocó en una sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Huesca.²⁸² El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal sería estimado. El Tribunal Supremo consideró que los hechos eran constitutivos de un delito doloso de homicidio con la atenuante muy cualificada de arrebató u obcecación y condenó al padre y a la madre a una pena de dos años y seis meses de prisión.

En la sentencia el Tribunal Constitucional otorga el amparo a los recurrentes y anula la condena por atentar contra la libertad religiosa.

La sentencia acude a una técnica de ponderación muy conocida e importada del derecho americano (*balancing*) identificando los dos derechos en conflicto -libertad religiosa del menor y de sus padres y derecho a la vida del menor- para sumergirse en un juego de ponderaciones y llegar a la solución concreta que ha de mantener un cierto equilibrio, conjugando la preferencia

²⁸² Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, con fecha 20 de noviembre de 1996, cuyo pronunciamiento es del tenor literal siguiente: “Que debemos absolver y absolvemos libremente a los acusados Pedro Alegre Tomás y Lina Vallés Rausa del delito que se les venía imputando, dejando sin efecto cuantas medidas, personales y reales, se han acordado en esta causa, y en sus piezas, contra sus personas y contra sus bienes, declarando de oficio el pago de las costas causadas”. El delito de que se les acusaba, en concepto de autores, por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas era el de homicidio por omisión, previsto y penado en el art. 138, en relación con el art. 11, ambos del Código penal de 1995, por estimarse aplicable como norma más favorable. Se estimaban concurrentes la circunstancia atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que producen obcecación, como muy cualificada, y la circunstancia agravante de parentesco, previstas respectivamente en los arts. 21.3 y 23 de dicho Código. Se pedía para cada uno de ellos la pena de cuatro años de prisión, accesorias y costas.

de uno de los derechos con el menor sacrificio posible del otro. El Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que el nivel preferente del derecho a la vida del menor no arrastraba necesariamente la privación a los padres de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia “porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante... Dice también que” no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión”.

Exigir a los padres una intervención sobre el hijo para disuadirle y convencerle de que debía someterse a la transfusión contrariando así radicalmente sus convicciones religiosas no era procedente, además de no saberse la eficacia que produciría. Como tampoco les era exigible que decidiesen a favor de la transfusión a pesar de la oposición del menor e igualmente contradictoria con esas creencias. Los padres nunca se opusieron a la actuación de los poderes públicos y procuraron al menor las atenciones médicas a través de procedimientos acordes con sus planteamientos religiosos.

Por eso la sentencia concluye que “la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y... su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron”.

De los razonamientos del Tribunal Constitucional en su sentencia cabe deducir que se hubiese producido otro pronunciamiento si los padres se hubiesen opuesto activamente. Existió más bien, un funcionamiento poco eficaz del sistema articulado por los Poderes Públicos para la salvaguarda de la vida del menor.

Muchas de las críticas de esta sentencia han sido de extraer la conclusión de que el ordenamiento jurídico –según la interpretación verificada por el Tribunal Constitucional– consiente con la muerte del menor, aunque parece más acertado que lo que no hubo fue un

funcionamiento del todo correcto en cuanto a la protección de un menor.

Para decidir la admisibilidad y conformidad al derecho de una objeción de conciencia es preciso sopesar, evaluar razones y consecuencias.

¿Cómo se puede controlar la sinceridad de una determinada objeción de conciencia? La conciencia es impenetrable por lo que es muy complicado conocer la conciencia individual, más si se tienen en cuenta los límites legales para adentrarse en la intimidad y privacidad del sujeto. Pero se han apuntado muchos criterios que sirven para concluir que una concreta objeción de conciencia es sincera: la inquebrantable convicción en el tiempo, la investigación de la vida anterior, la predisposición a la aceptación del castigo o de una prestación sustitutoria o, como ya se ha sugerido, la pertenencia a determinados grupos ideológicos o religiosos que públicamente profesan esas convicciones.

En los supuestos dudosos se inclina la práctica por una presunción favorable al objetor. La probabilidad de una práctica abusiva no es superior a la que pueda existir en el campo de otros derechos fundamentales.

3.2 LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

Los funcionarios públicos en general tienen un especial deber de sumisión al ordenamiento jurídico, más intenso que el de un particular. Por tanto el incumplimiento de una ley, aunque sea acogándose a motivaciones de conciencia, tiene en el caso del funcionario público o autoridad unas connotaciones especiales. El funcionario público si se siente incomodado por una ley siempre tendrá en su mano la posibilidad de abandonar el puesto.

Ello no implica que el funcionario público no pueda nunca aducir una objeción de conciencia para sustraerse en el desempeño de su función a una obligación legal. Simplemente es que existe un elemento peculiar que puede suponer que la objeción de conciencia que en un caso concreto se le respetaría a un particular no se le admitirá a un funcionario. Es interesante en este punto una sentencia del Tribunal Constitucional 101/2004, de 2 de junio²⁸³ que amparaba

²⁸³ BOE núm. 151, de 23 de junio de 2004, págs. 9 a 13.

a un miembro del Cuerpo Nacional de Policía que se había negado aduciendo razones ideológicas a participar en una procesión religiosa, resolución que está en sintonía con una anterior de 11 de noviembre de 1996 (177).²⁸⁴ La facilidad en la sustitución invita a no ignorar innecesariamente esas expresiones de los derechos de libertad religiosa.

También cabe mencionarse aquí una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de abril de 2000 (asunto THLIMMENOS contra GRECIA)²⁸⁵: el demandante había sido rechazado a acceder a un oficio público (experto contable) por haber sido condenado anteriormente por delito de insumisión al servicio militar por razones de conciencia (se trataba de un Testigo de Jehová). El Tribunal acogerá la demanda: ciertamente a cualquier persona con antecedentes penales se le impedía el acceso a ese tipo de funciones. Pero el Tribunal precisa demostrando una sensibilidad exquisita hacia la libertad de conciencia que el derecho a no sufrir discriminación se vulnera igualmente cuando sin justificación objetiva y razonable no se aplica un trato diferente a las personas en situaciones diferentes. Y son situaciones la del que ha sido condenado por cualquier delito de la que quien ha sido condenado por rehusar enrolarse en el ejército aduciendo motivos religiosos o filosóficos.

Existen ejemplos en nuestro ordenamiento y en otros de aceptación de la objeción de conciencia de funcionarios públicos, por virtud de previsiones legales específicas; o por aplicación de principios constitucionales generales.

En concreto los médicos ligados por ese tipo de relación funcional con la Sanidad Pública tienen garantizado constitucionalmente su derecho a la objeción de conciencia a prácticas abortivas. También es fácil encontrar casos en otros ordenamientos de tutela de la objeción de conciencia del funcionario público. Por ejemplo, en referencia a los presos de Guantánamo también han aparecido problemas de conciencia al reclamarse la participación de psiquiatras en interrogatorios o médicos para la alimentación forzosa de prisioneros.²⁸⁶

²⁸⁴ Sala Segunda. Sentencia 177/1996, de 11 de noviembre de 1996. Recurso de amparo 2.996/1994. Contra Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo por el que se declaró no haber lugar al recurso de apelación promovido por el actor contra Auto de archivo recaído en diligencias previas. Supuesta vulneración de los derechos a la libertad religiosa y a las garantías procesales contenidas en el art. 21 C.E. Declaración de competencia de la jurisdicción militar no lesiva del derecho; acto lesivo de la libertad religiosa no merecedor de sanción penal.

²⁸⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Thlimmenos contra Grecia, Application 34369/97, sentencia de 6 de abril de 2000, párrafo 44.

²⁸⁶ <http://www.europapress.es/internacional/noticia-enfermero-militar-niega-alimentar-fuerza-presoguantanamo-20140716030346.html>, (Consultado el 20 de agosto de 2014).

La Ley de parejas de hecho de Dinamarca, por traer a colación un tema que salió a debate en nuestro país y que llegó a propiciar una enmienda aprobada en el Senado que postulaba la incorporación al proyecto de ley de una cláusula de objeción de conciencia²⁸⁷ ("Las autoridades y funcionarios de todo tipo que, debiendo intervenir en cualquier fase del expediente matrimonial entre personas del mismo sexo, adujesen razones de conciencia para no hacerlo, tendrán derecho a abstenerse de actuar", aclarándose posteriormente que "la administración o corporación a la que pertenece la autoridad o funcionario que se acogiere al derecho de objeción de conciencia proveerá que quienes tengan derecho a contraer matrimonio puedan efectivamente contraerlo"), contiene previsiones expresas para salvaguardar la conciencia de personas que pueden intervenir en la formalización de uniones de homosexuales.

En España a raíz de la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo una Secretaria Judicial en sendos expedientes de matrimonio incoados a solicitud de personas del mismo sexo, reclamó ser apartada de su tramitación por motivos de conciencia. La solicitud fue rechazada por el Secretario de Gobierno que negaba su competencia para resolver y la no previsión de esas razones morales para una abstención. El recurso de alzada interpuesto ha sido resuelto por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia por acuerdo de 9 de enero de 2006 que viene a negar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia fuera de los casos expresamente reconocidos por la Ley, adscribiéndose así a una de las tendencias jurisprudenciales que conviven en la doctrina constitucional. La existencia de ese derecho resultaría "contraria al principio de imperatividad de la ley y de la eficacia de las normas jurídicas (art. 6 del Código Civil) y a los principios de legalidad y de igualdad ante la ley (arts. 9 y 14 de la Constitución)" se lee en la resolución como argumento. En el último fundamento del acuerdo si hay algunos argumentos criticables. (No se puede solucionar el conflicto con un simple y dogmático "la ley debe cumplirse". Como si la ley y la Constitución no amparasen la objeción de conciencia). Dice así éste:

"...es evidente la sujeción de la recurrente –en razón de sus funciones propias y específicas, al servicio público a que se debe y a la especial relación que la caracteriza-, a las normas de procedimiento al efecto establecidas, que constituyen su contenido. La mera invocación a motivos de índole moral o religiosa, o la hipotética inconstitucionalidad a que la recurrente

²⁸⁷ Esta clausula fue introducida el 19 de diciembre de 1989 (Act. 82111989), completando la Lov om registreret partnerskab de 1 de octubre de 1989.

alude en su solicitud, no puede servir para admitir sin más la exención de sus obligaciones legales, y, por tanto, de los actos de tramitación del procedimiento”.

3.3 OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y FUNCIÓN JUDICIAL

Tratándose de un juez se acrecienta esa singularidad del funcionario pues en el ordenamiento constitucional es precisamente el Juez el primer sometido a la ley: está sujeto exclusivamente a la ley. Esa sumisión exclusiva a la Constitución y al imperio de la Ley (art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁸⁸ y art. 117.1 de la Constitución²⁸⁹) no solo es una obligación legal, sino que además aparece como uno de los primordiales deberes deontológicos y morales del Juez. Un Juez no puede resolver nunca situando su conciencia por encima de la ley, pues estaría traicionando su función. Podrá apurar las posibilidades razonables de interpretación de la ley admisibles en derecho. Pero no podrá imponer su criterio, aunque esté anclado en lo más íntimo de su conciencia, por encima del que inequívocamente se desprende de una ley aprobada por el Parlamento y conforme a la Constitución.

Lo mismo se puede aplicar a los miembros del Ministerio Fiscal. El principio de legalidad es un principio rector de su actuación (art. 124 de la Constitución). Por tanto todo lo que se diga respecto del Juez en tendría validez para los fiscales, aunque existen algunas diferencias que se señalarán después.

Así es más difícil reconocer a quienes ejercen funciones jurisdiccionales o fiscales un derecho a la objeción de conciencia. Pero afirmar que nunca podrán acogerse a la objeción de conciencia es precipitado.

Que el Juez no pueda resolver contra la ley, no significa que en ningún caso puede buscar el abrigo de la objeción de conciencia. Aunque no faltan quienes parten de ese dogma basándolo en la sumisión del juez a la ley y la imposibilidad de abstenerse de fallar un pleito conforme al sistema de fuentes establecido (arts. 1.7 del Código Civil, 11.3 de la Ley Orgánica del Poder

²⁸⁸ LOPJ. Artículo 1. “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley”.

²⁸⁹ CE. Artículo 117.1. “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

Judicial y 448 del Código Penal), es más conforme con los principios constitucionales y el ordenamiento, contemplado en su conjunto, entender que también el Juez en ciertos supuestos goza de ese derecho en el ejercicio de su función.

No existe desde luego ninguna norma que de manera expresa lo proclame así.

Por otra parte habría determinado tipo de objeciones que por su carácter generalizado serían incompatibles con ostentar la condición de juez. Por ejemplo, no sería admisible un juez que asumiese un destino en el orden jurisdiccional penal y que alegase que su conciencia no le permite imponer penas privativas de libertad por repeler a sus más íntimas convicciones. Esa objeción generalizada y atinente a la mayoría de los asuntos que debe asumir no puede consentirse y sería lógico explicar a tal persona que no puede aspirar a desempeñar la función jurisdiccional, función a la que se accede voluntariamente.²⁹⁰ Habría que invitarle o a cambiar de orden jurisdiccional o a abandonar la carrera Judicial, a diferencia de lo que posiblemente debe hacerse con el particular que es llamado a ejercer la función de jurado (lo que no hace voluntariamente).

El hecho de acceder voluntariamente a esa función judicial comporta un dato muy relevante. Un Juez que hiciese objeción de conciencia frente al divorcio civil no puede estar al frente de un Juzgado de familia. Ni siquiera a cargo de un Juzgado de Primera Instancia.

Ahora bien, de ahí no puede legítimamente derivarse que la objeción de conciencia del Juez ha de rechazarse siempre. No puede dejar de aplicar la ley. Pero si la aplicación de ésta contradice postulados esenciales de su conciencia (supongamos la necesidad legal de imponer una pena de muerte; o de autorizar el aborto a practicar por una menor; o de condenar a una pena de prisión por motivos ideológicos; o de expulsar a un extranjero en medida que se le presenta como inhumana y patentemente injusta; o en caso de aprobación de una ley de eutanasia, la atribución al juez de facultades decisorias), en supuestos que previsiblemente serán esporádicos, parece desproporcionado negar toda posibilidad al Juez de hacer valer su objeción de conciencia, situándole en la disyuntiva de abandonar la función jurisdiccional como única

²⁹⁰ Vid. BARRERO ORTEGA, A. "La objeción de conciencia judicial (o de cómo lo que no puede ser no puede ser y, además, es imposible)". Revista El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 22, correspondiente a junio de 2011, págs. 28 a 33.

fórmula para salvar esos motivos de conciencia²⁹¹. El acceso a la Carrera Judicial de segundas o terceras generaciones de inmigrantes con valores culturales y religiosos a veces muy diferentes a los tradicionales de occidente, podría hacer pensar en nuevos supuestos de objeción de conciencia por parte de miembros de la Carrera Judicial.

Será una exigencia del orden público que el Juez preste su asentimiento a los principios y valores constitucionales y no tenga una axiología radicalmente contraria a los mismos: de ahí el deber de juramento o promesa. Significaría un perjuicio no asumible que esos imperativos de conciencia le impidiesen asumir un volumen elevado de las funciones que habitualmente desempeña un Juez. Pero la proyección de los estándares de decisión antes apuntados al supuesto del juez (sinceridad de la objeción, sustituibilidad fácil que no acarree inconvenientes relevantes en terceros o en la propia organización administrativa, disposición a asumir otros asuntos en compensación...) puede llevar a una admisibilidad de la objeción de conciencia en ciertas condiciones.

De cualquier manera hay que reconocer que el hecho de que el acceso a la función jurisdiccional sea voluntario obliga a mayores restricciones a la hora de reconocer la objeción de conciencia, frente a aquellos casos de imposición obligatoria de la situación que genera el conflicto.

¿Alguna norma ofrece cobijo al juzgador para no intervenir en expedientes o asuntos en que la ley le impone adoptar posiciones en contradicción con su conciencia?

De manera explícita y clara, no. Hay que acudir al art. 16 de la Constitución y a la interpretación del Tribunal Constitucional que en alguna de sus resoluciones ha rechazado la necesidad de *interpositio legislatoris*, para anclar esa posibilidad.

Se ha sugerido por algunos la invocación de la institución de la abstención.²⁹² Como es sabido, las causas de abstención son aquellas que obligan a un juez a eludir de manera expresa su intervención en un asunto concreto por concurrir una circunstancia que puede legítimamente

²⁹¹ Cfr. DE PINA, R. "El juez ante la Ley injusta ".Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 330 y ss.

²⁹² Vid. GARRIDO GÓMEZ, M.I. y BARRANCO AVILÉS, M.C. "Libertad ideológica y objeción de conciencia. Pluralismo y valores en Derecho y Educación" Editorial Dykinson, 2011, págs. 54 y ss.

hacer dudar de su imparcialidad. Entre ellas se encuentra una muy genérica que se refiere al "interés directo o indirecto" en la causa. Hoy el carácter de *numerus clausus* de las causas de abstención está relativamente cuestionado por la importancia que se asigna al principio de imparcialidad, estrechamente vinculado a los derechos garantizados por el art. 24 de la Constitución. Cualquier circunstancia que dé lugar a una objetiva y fundada apariencia de parcialidad debe llevar al Juzgador a abstenerse, de forma que el asunto sea asumido por su sustituto legal.

Pues bien, se ha dicho que cuando la conciencia del juez repele la aplicación de determinada norma no sería en absoluto descabellado acogerse a ese "interés directo o indirecto" como causa de abstención. En efecto, ese Juez va a estar más inclinado a exigir unos requisitos desmesurados o la comprobación desorbitante de las condiciones; o a la interpretación restrictiva de esa ley que contradice su conciencia. No es un juez imparcial en el sentido que a esa categoría se otorga en la jurisprudencia y por tanto hay razones para admitir su abstención. Aunque es claro que la causa de abstención no puede basarse en un mero desacuerdo técnico o político con una ley, sino en una discrepancia radical que sea repelida por su conciencia. Así se ve que objeción de conciencia es algo diferente a una discrepancia por frontal que sea con una ley, hace referencia a un conflicto de principios, a un imperativo que surge de la conciencia.

Se ha argüido que la admisibilidad de la objeción de conciencia judicial deformaría la figura constitucional del Juez sometido exclusivamente al imperio de la ley.²⁹³

Aunque lo que sí podría darse si no se admite la objeción de conciencia y eso sí podría ser reprobable y contrario a la deontología y al marco constitucional es que el Juez en su función jurisdiccional, es decir al resolver como tal, haga prevalecer su conciencia sobre la ley y decida de una forma contraria a la legislación para acomodar la resolución a sus convicciones más íntimas, no coincidentes con el criterio legal. Negar la posibilidad de abstención puede abocar a situaciones de ese tenor.

Desde luego que es factible que el Juzgador al aplicar la ley utilice fórmulas interpretativas legítimas que puedan solventar su problema de conciencia. Pero no con la finalidad de acallar

²⁹³ Vid. NAVARRO-VALLS, R. "La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo". Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, núm. 9, septiembre de 2005. Iustel.

su conciencia, sino porque estime, en definitiva, que esa es la solución ajustada desde el punto de vista del ordenamiento que tiene una textura abierta y en ocasiones unas grandes posibilidades de interpretación.

En sentido inverso, la cerrazón absoluta a una eventual objeción de conciencia del Juzgador fomenta en sentido inverso la figura de un juez positivista incapaz de todo distanciamiento o juicio crítico sobre la norma que está llamado a aplicar.

Cuestión diferente es la objeción de conciencia no oficial sino *de facto*. No será *secundum legem* (objeción de conciencia prevista por el ordenamiento); pero tampoco es *contra legem*. Se trataría en todo caso de una objeción de conciencia *extra legem*. Para eso es necesario que concurren una serie de factores y contar, en algún caso, con la anuencia y voluntad de otras personas. Caben varias posibilidades escalonadas:

- a) Si al Juez (o funcionario de otro orden para otros supuestos) llamado legalmente a sustituir no se le presentan esos reparos de conciencia, puede convenirse que se aprovechará los días de baja o de permiso del titular para resolver sobre esos asuntos.
- b) En otro caso, de entender con arreglo a su conciencia que no son aplicables los principios que disciplinan la licitud moral en ocasiones y con ciertas condiciones de la cooperación material al mal, lo lógico será buscar un destino judicial en que no tenga que enfrentarse a ese tipo de expedientes.
- c) En último término, de no existir otra alternativa, ¿tendría que abandonar la carrera judicial y ejercer otra profesión para salvaguardar su propia conciencia? Pues la respuesta sería positiva para los que comparten el principio moral que la propia conciencia ha de ser la norma última de moralidad. Desde consideraciones éticas y morales la obligación de acogerse a la objeción de conciencia, y así lo sugieren algunos especialistas, puede variar también según esté o no reconocida en el ordenamiento y según las consecuencias (lo que servirá para medir las causas graves y proporcionadas que exigiría la licitud de una cooperación material, que no formal, a lo que se considera un mal ético, junto a otras condiciones, si nos situamos en un punto de vista escolástico tradicional: pero dejo estos derroteros que escapan ya de lo propiamente jurídico y se adentran en temas estrictamente morales y éticos).

- d) La insumisión del Juez –desobediencia a la ley- no es aceptable desde el punto de vista del ordenamiento en ningún caso.²⁹⁴

La fungibilidad de la función es campo bien abonado para el reconocimiento de la objeción de conciencia que además, en los supuestos en que hoy por hoy se pueden imaginar (esterilización de incapaces, autorización para el aborto de una menor o un incapaz, matrimonio entre personas del mismo sexo²⁹⁵, condena de la mujer que ha abortado fuera de los supuestos legalmente autorizados o de quienes han invadido una vivienda desocupada; o de aquella persona que a petición de un enfermo incurable le ayudó a poner fin a su vida) no será generalizada, lo que nos lleva a negar ese peligro expansionista que el Estado debe tener en cuenta y puede llevarle legítimamente a rechazar o prohibir una determinada objeción de conciencia. Un asunto en que fuese previsible un efecto multiplicador en la judicatura no podría aceptarse. Menos que en otros casos porque provocaría una imagen del Poder Judicial contrario a las leyes, y por tanto situada en las antípodas de la concepción constitucional del Poder Judicial (art. 117 de la Constitución).

La inclusión en el estatus funcional del juez del derecho a la objeción de conciencia, con todas las limitaciones y condicionantes que se quiera, ¿no significaría que quiebra otro principio básico constitucional como es el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley que establece el art. 24 de la Constitución?

En absoluto: no habría merma alguna de ese derecho, pues se trata del juez predeterminado *por la ley*, es decir por la legalidad contemplada conjuntamente. Juez predeterminado por la ley cuando concurre una causa de abstención no es el juez al que apuntan las normas de competencia, sino el juez que resulta de la combinación de esa regla de competencia con las que disciplinan la abstención y recusación. El juez que sustituye al recusado legalmente es el

²⁹⁴ La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) rechazó en la sentencia de fecha 11-05-2009 que los jueces se acojan a la objeción de conciencia para no celebrar bodas homosexuales. La decisión se produce después de que el titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Sagunto (Valencia), Pablo de la Rubia Comos, pidiese al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que le autorizase a no celebrar estas uniones por motivos de conciencia y religión. En la sentencia, el TS señala que el juez está sometido a la ley "en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente en garantía de los derechos e intereses de todos".

²⁹⁵ El juez federal David Bunning del estado de Kentucky ordenó el jueves 3 de Septiembre de 2015 ordenó el ingreso en prisión de Kim Davis, funcionaria del condado de Rowan que se ha negado a emitir licencias de matrimonio para parejas del mismo sexo, alegando que su fe le impide cumplir con su obligación. Fue puesta en libertad el 8 de Septiembre de 2015 con la condición de que "no interfiera de ninguna forma, directa o indirecta, en los esfuerzos de otros funcionarios para emitir licencias de matrimonio".

juez predeterminado por la ley. Por idéntico razonamiento, si la legalidad (entendida en un sentido amplio como comprensiva también de los derechos constitucionales y entre ellos la libertad ideológica) conduce a reconocer en el juez una objeción de conciencia, el Juez ordinario predeterminado por la ley será aquel al que corresponda asumir el asunto donde se efectuó tal objeción.

Cuando surgiesen graves inconvenientes para la sustitución el Estado no podrá admitir la objeción de conciencia. El Estado lo que no podría consentir nunca es que un ciudadano que busca amparo en una legislación no lo encuentre por no existir mecanismos que se lo permitan ante la objeción de conciencia de un funcionario público y la dificultad de que otro pueda sustituirle sin grave inconveniente.

3.4 OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS MIEMBROS DEL MINISTERIO FISCAL

Lo desarrollado para la función judicial es proyectable a la función fiscal. No obstante en esta existen ciertas peculiaridades que reclaman unas reflexiones adicionales.

En el Juez es impensable un problema de conciencia que no surja de su discrepancia con la ley. Una objeción de conciencia de caso específico no parece congruente con su independencia. Cada caso ha de resolverlo con la referencia legal y juzgando según conciencia: no está sometido a directrices de ningún tipo, solo está sometido a la ley. Por tanto o el conflicto de la conciencia es con la ley; o no puede surgir. Ni siquiera en un Tribunal colegiado en el que cuenta con la posibilidad de redactar un voto particular.

En los miembros del Ministerio Fiscal los términos son distintos. Son imaginables supuestos de objeción de conciencia por referencia a una ley. Aquí sería aplicable lo dicho respecto de la función judicial, con un solo dato adicional: la fungibilidad de los fiscales, característica de la institución, permite mayor facilidad para una admisión teórica de la objeción de conciencia (no existe el derecho al fiscal predeterminado por la ley); así como para la que he denominado objeción de conciencia *de facto* que podría acomodarse en el dispositivo previsto en el art. 23

del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²⁹⁶ que permite la sustitución de Fiscales cuando razones fundadas así lo aconsejen.

Pero, a diferencia de lo que sucede con los Jueces y Magistrados, en el ejercicio de la función fiscal pueden surgir objeciones de conciencia no referidas a la ley en general o en abstracto, sino a las órdenes y directrices para un caso concreto. El Fiscal es miembro de una Institución jerarquizada que se rige por el principio de unidad de actuación. Por tanto ha de ajustar su actuación a esos principios de dependencia jerárquica y unidad²⁹⁷, y no exclusivamente a la legalidad. O mejor: a la legalidad, pero a la legalidad interpretada institucionalmente a través de los mecanismos internos institucionales en los que en definitiva, con las modulaciones que se quieran, acaba prevaleciendo el criterio del superior jerárquico. El Fiscal puede discrepar en el caso concreto de las pautas establecidas para un tipo de asuntos o de las instrucciones dadas para un supuesto específico, por entender que no es esa la realidad que se deriva de una ajustada valoración probatoria o por considerar que la interpretación correcta de la legalidad conduce a otras conclusiones diferentes.

Producida esa situación podremos estar bien ante un problema de conciencia, bien ante una pura discrepancia que no suscita incomodidad en el funcionario, bien ante un disenso de mayor fuste que sin llegar a violentar la conciencia sí reclama del funcionario la activación de los mecanismos previstos para solventar esos casos y que se contienen en el art. 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²⁹⁸.

²⁹⁶ EOMF Artículo 23 “Los miembros del Ministerio Fiscal son autoridad a todos los efectos y actuarán siempre en representación de la Institución. En cualquier momento de la actividad que un Fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones o antes de iniciar la que le estuviese asignada en virtud del sistema de distribución de asuntos entre los miembros de la Fiscalía, podrá su superior jerárquico inmediato, mediante resolución motivada, avocar para sí el asunto o designar a otro Fiscal para que lo despache. Si existe discrepancia resolverá el superior jerárquico común a ambos. La sustitución será comunicada en todo caso al Consejo Fiscal, que podrá expresar su parecer”.

²⁹⁷ EOMF Art. 2: 1. El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

²⁹⁸ EOMF Art. 27: 1. El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. 2. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera.

No estamos ante una previsión que sirva para afrontar la objeción de conciencia frente a una norma legal, sino frente a órdenes o indicaciones concretas. El precepto es elogiado por muchas razones, pues mitiga los efectos de una dependencia jerárquica entendida como obediencia ciega, supone una garantía que sirve para modular la percepción social de dependencia fáctica entre el Ministerio Fiscal y el Poder Ejecutivo, asignatura pendiente todavía, y estimula el debate interno de la institución como escenario más idóneo para el surgimiento de opiniones fundadas sólidamente. Por fin, y además, servirá en algunos supuestos para dejar a salvo la conciencia del fiscal afectado, bien mediante su sustitución, bien mediante una instrucción escrita que deje a salvo su responsabilidad. *Item* más, podrá venir acompañada de otra previsión tradicional del Ministerio Fiscal: la libertad de palabra.

En efecto, el Fiscal debe atenerse por escrito siempre a las instrucciones recibidas, pero en sus informes orales puede verter las opiniones que tenga por conveniente sin perjuicio de mantener la posición procesal oficial de la institución. Así aparece reconocido en el art. 25 de su Estatuto Orgánico²⁹⁹:

Ambos preceptos responden no solo a una tradición española sino a recomendaciones que provienen de organismos internacionales. En la Recomendación Rec. (2000) 19 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 6 de octubre de 2000 sobre el Papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal³⁰⁰ se dice en su punto 10:

Cualquier miembro del Ministerio Fiscal tiene derecho a solicitar que las instrucciones que le sean dirigidas lo sean por escrito. En el caso de que la instrucción le parezca ilegal o contraria a su conciencia, un procedimiento interno adecuado deberá permitir su sustitución.

²⁹⁹ EOMF Art. 25 El Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos. Los miembros del Ministerio Fiscal pondrán en conocimiento del Fiscal General del Estado los hechos relativos a su misión que por su importancia o trascendencia deba conocer. Las órdenes, instrucciones y comunicaciones a que se refieren este párrafo y el anterior se realizarán a través del superior jerárquico, a no ser que la urgencia del caso aconseje hacerlo directamente, en cuyo supuesto se dará ulterior conocimiento al mismo. Análogas facultades y deberes tendrán los Fiscales Jefes de cada órgano respecto a los miembros del Ministerio Fiscal que le estén subordinados y éstos respecto al Jefe. El Fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia.

³⁰⁰ Adoptada por el Comité de Ministros en la fecha indicada, durante la 724ª reunión de Delegados de los Ministros, elaborada por el Comité de Expertos sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia Penal, bajo el auspicio del Comité Europeo para los Problemas Criminales.

Y en lo que respecta a la libertad de palabra, más adelante, el punto 13 dirigida a aquellos países donde existe una dependencia oficial u oficiosa del Poder Ejecutivo se proclama:

El Ministerio Fiscal conserva el derecho de someter a la jurisdicción cualquier argumento jurídico, incluso cuando habiéndolo elevado ya por escrito, esté obligado a hacerlo en el sentido de las instrucciones recibidas.

En las recomendaciones que el GRECO vertía en su primer informe de evaluación relativo a España³⁰¹ también se insistía en la necesidad de que los miembros del Ministerio Fiscal conservasen la facultad de presentar ante el órgano jurisdiccional cualquier argumento jurídico sin perjuicio de ajustar su actuación a las directrices que hay podido recibir de los superiores jerárquicos enumerándose en el apartado iv del punto 140 del informe las recomendaciones específicas:

Para garantizar que la naturaleza y el alcance de los poderes del Gobierno en relación con el SPS se establezcan por ley, ejerzan de manera transparente y de conformidad con los tratados internacionales, legislación nacional y los principios generales del Derecho, que las instrucciones de naturaleza general se hará público por escrito y que las instrucciones para enjuiciar en un caso específico llevan adecuadas garantías de transparencia y equidad, el fiscal está facultado para presentar al tribunal los argumentos legales de su elección, incluso en los que tienen la obligación de reflejar por escrito las instrucciones recibidas.

De estos mecanismos se puede destacar el escaso uso del. 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. El mecanismo allí previsto debiera ser algo de administración ordinaria –es normal que existan esas discrepancias y no debe ser insólito que en determinados casos se desencadenen esas fórmulas para provocar el debate y, como fruto del mismo, la decisión adecuada-. Sin embargo se ha convertido en algo excepcional, cuya utilización parece requerir ciertas dosis de heroísmo o está reservada a fiscales “rebeldes”.

³⁰¹ Informe adoptado en la 5ª reunión plenaria de tal Grupo celebrada en Estrasburgo entre los días 11 a 15 de junio de 2001 [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round1/GrecoEval1\(2001\)1_Spain_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round1/GrecoEval1(2001)1_Spain_EN.pdf)

CAPITULO SEXTO

REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MANIPULACIÓN GENÉTICA

1. INTRODUCCIÓN

El Título V del libro II del Código penal rubricado de forma genérica en exceso e imprecisa "Delitos relativos a la manipulación genética" y que comprende los artículos 159 a 162, integra en sí un abanico de conductas delictivas realizadas sobre material genético y óvulos humanos, o, más precisamente, dado que el objeto material no es unitario, realizadas utilizando la biomedicina o la biotecnología en el ámbito que le es propio, entre las que se encuentra en el artículo 161³⁰², aunque no pueda considerarse en sentido estricto manipulación genética por muy amplio que sea el significado predicable de esa expresión³⁰³, la conducta de "practicar reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento", para la que se ha previsto una pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.³⁰⁴ Esta previsión en el orden penal viene a reforzar en sentido inverso la exigencia del consentimiento de la mujer para el empleo en su persona de estas técnicas de procreación médicamente asistida establecida en el art. 6.1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, LTRA).³⁰⁵

³⁰² Numeración que obedece a la reestructuración que al incorporar en el artículo 162 la posibilidad de imponer para estos delitos alguna de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código penal, opera la LO 15/ 2003 de 25 de noviembre en el Título V del libro II. Con anterioridad a dicha Reforma, el contenido del vigente artículo 161 integraba, sin modificación alguna, el artículo 162.

³⁰³ En este sentido y proponiendo para este Título la rúbrica "De los delitos relativos a la manipulación genética y de la reproducción asistida no consentida", BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *"Reproducción asistida humana no consentida. Algunas notas críticas acerca del artículo 162 del Código penal español"*. Genética y Derecho penal. Previsiones en el Código penal español de 1995. Granada, 2002, página 170.

³⁰⁴ Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M: *"El delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer"*. Doctora en Derecho. Profesora de Derecho penal de la Universidad de Jaén, págs.221-242.

³⁰⁵ Ley 35/1988 de 22 de noviembre. Art. 6.1: Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar".

Desde que en tiempos no ya tan recientes la medicina ha posibilitado la reproducción humana sin intervención de la sexualidad, entendida ésta en términos de relación interpersonal y en un exclusivo sentido heterosexual, esto es, sin penetración vaginal, el debate jurídico respecto a esta realidad se ha planteado en distintos frentes, en muchos casos desde la perspectiva sesgada del pensamiento masculino que en ocasiones ha vislumbrado en tales técnicas –en caso de ser practicadas sin su consentimiento sobre su esposa pero con la anuencia de ésta una especie de ofensa hacia su rol sexual-procreador y una no menos ofensiva cuando no delictiva conducta de la mujer -considerada incluso legislativamente un ser necesitado de protección y constante aprobación de sus actos- que decidía ser sometida a una inseminación artificial heteróloga, es decir, con semen distinto al de su marido.

Tales planteamientos hicieron que en el ámbito de lo penal el análisis jurídico de la cuestión se centrara en ocasiones, tratándose de una inseminación consentida por la mujer, más en buscar un paralelismo con las conductas relacionadas con la moral sexual, cuyo sujeto pasivo había de ser el varón, como si de una conducta adulterina se tratase, que en aquellos otros supuestos en realidad graves por suponer un atentado a un bien jurídico de primerísima categoría como es la libertad, en que la mujer no consintiera ser objeto de dicha técnica de reproducción y que cuando la preocupación teórica se centra finalmente en estas hipótesis, la tendencia fuera a la equiparación con el delito de violación por las consecuencias que en orden a un futuro embarazo podían derivarse de ésta³⁰⁶. Lo que es muestra, una vez más, de la escasa sensibilidad histórica hacia la sexualidad femenina que ha sido entendida prioritariamente en términos de reproducción³⁰⁷.

Son varios los supuestos mediante los cuales se puede practicar una reproducción asistida.³⁰⁸

³⁰⁶ Vid. BUENO ARÚS, F. consideró la conducta encuadrable entre los abusos deshonestos. *"El consentimiento del paciente"* en Derecho médico, I, Madrid, 1986, página 292. En parecidos términos, PEÑALOSA LÓPEZ, M. P. *"Observaciones médicas y jurídicas acerca de la inseminación artificial humana."* Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1989, núm.4, página 28. Otras opiniones, en cambio, abogaban por la aplicación en tales casos del delito de coacciones. En este sentido, CUERDA RIEZU, A., en *"Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas"*, ADPCP, 1988, página 423.

³⁰⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *"Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y de la manipulación genética humana"*, op. cit., Capítulo cuarto.

³⁰⁸ Vid. RUBIO LARA, P.A. *"La reproducción asistida no consentida: una propuesta de lege ferenda sobre la despenalización del aborto en este supuesto"* Doctor en Derecho Penal. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, pág. 251.

Actualmente, la reproducción asistida incluye cuatro técnicas que son la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la fecundación in vitro con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos. Además, dentro del concepto de reproducción asistida podrá incluirse cualquier otra técnica artificial que nacida en el futuro se dirija a lograr la fecundación de la mujer.

Dentro de los supuestos de reproducción asistida encontramos la inseminación artificial como técnica más usual, que consiste en introducir semen de varón en los genitales internos de la mujer mediante instrumentos adecuados y procurar la fecundación del óvulo en el útero de ésta.

La artificialidad se refiere a la conjunción misma de los elementos masculino y femenino, o dicho de otro modo, al hecho mediante el cual se introduce en el aparato genital femenino el semen previamente recolectado.

La inseminación artificial constituye, por tanto, una posibilidad de lograr el embarazo en una mujer mediante esta técnica de reproducción asistida. Al tratarse la inseminación artificial de una técnica de reproducción asistida, su realización constituye, en principio, un método lícito que se aplica en los supuestos de esterilidad considerada como una enfermedad. Su fundamento se encontraría en el derecho constitucional a la salud, del artículo 15 C.E., y su justificación se encuentra exclusivamente en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si la ha solicitado y aceptado libre y conscientemente, siendo además previamente informada sobre los aspectos relativos a dicha técnica.

Ahora bien, la intervención penal se concreta en el supuesto en que la reproducción asistida sea no consentida, y, en concreto, tal conducta se recoge como típica en el artículo 161, párrafo primero del Código Penal, que castiga con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años a quien practicare reproducción asistida de una mujer, sin su consentimiento.

Haciendo un repaso sobre la evolución histórica de estas técnicas, decir que al menos desde el siglo XIX se viene recurriendo a estas técnicas de reproducción asistida, como es el caso de la inseminación artificial, como forma de apoyo a la procreación, en un primer momento sobre

animales (lo cual no ha planteado nunca problemas de legitimidad) y posteriormente también sobre seres humanos.³⁰⁹ Desde ese momento se ha preguntado la doctrina si tales conductas podrían estar incluidas en alguno de los tipos penales tradicionales.

Así, los diferentes autores que se han ocupado de esta cuestión han coincidido en afirmar que ninguno de los tipos penales existentes podía amparar la imposición de una pena por tales conductas, las cuales no eran subsumibles ni en los delitos de adulterio, ni en lo que castigaban la violación, el estupro o los abusos deshonestos, ni en otros como los delitos de escándalo público, al no existir un móvil lúbrico en tales actuaciones.³¹⁰ Por esta razón, los supuestos de práctica de cualquier tipo de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer únicamente podrían ser castigados aplicando, en su caso, el delito de coacciones.³¹¹ No obstante, también es cierto que entre las distintas propuestas de *lege ferenda* realizadas entonces por la doctrina, se hacía ya referencia a la conveniencia de castigar los supuestos de inseminación artificial no consentidos.³¹²

La primera sanción específica de la reproducción asistida sin consentimiento se produce en la LTRA. En dicha normativa se establece que las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente “en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si lo han

³⁰⁹ Vid. MARTÍNEZ VAL, J.M: “*La eutelegenesia y su tratamiento penal*”, Publicaciones del Instituto de Estudios Manchegos, Madrid, 1954, pág. 21 y ss; ALKORTA IDIAKEZ, I.” *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva*”. Derecho español y comparado, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 29 y ss. Más adelante se desarrolló otro tipo de técnica de reproducción asistida mucho más revolucionaria, como es la fecundación in vitro con transferencia de embriones, también aplicada en primer lugar a la ganadería y posteriormente a los seres humanos. La primera persona nacida mediante esta técnica fue Louise Brown, en el Reino Unido en 1978. Cuatro años después nació el primer bebé probeta francés, Amandine (Jaques TESTARR, “*El embrión transparente*”, Granica, Barcelona, 1988, pág. 38 y 61).

³¹⁰ Así, Vid. CUELLO CALÓN, E. “*El aspecto penal de la fecundación artificial*”, en Tres temas penales, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 182 y ss; MARTÍNEZ VAL, J. M: “*La eutelegenesia y su tratamiento penal*”, Instituto Jurídico Manchego, 1954 pág. 97 y ss; MANZANARES, L: “*La inseminación artificial en la especie humana. Problemas jurídicos-penales*” Revista de la escuela de estudios Penitenciarios, núm. 149 (1960), pág. 1549 y ss; HERRERO DEL COLLADO, T: “*La inseminación artificial humana ante el Derecho Penal*”, Universidad de Granada, Granada, 1969, pág. 69, 78, 81, 86 y 89.

³¹¹ CUELLO CALÓN, E: “*El aspecto penal de la fecundación artificial*”, op. cit., pág.183; HERRERO DEL COLLADO, T: “*La inseminación artificial humana ante el Derecho Penal*”, op. cit., pág. 78, PERIS RIERA, “La regulación penal de la manipulación genética en España”, Civitas, Madrid, 1995, pág. 154.

³¹² Vid. MARTINEZ VAL, J. M: “*La eutelegenesia y su tratamiento penal*”, Publicaciones del Instituto de Estudios Manchegos, Madrid, 1954, pág.100, que:” si al redactarse nuestras leyes se hubiera previsto y considerado prácticamente posible la inseminación artificial sería delito de violación fecundar a una mujer sin su consentimiento”. Ahora bien, algunos autores han propuesto la inclusión de este delito en el Código Penal, se refieren más concretamente a la inseminación artificial de una mujer sin el consentimiento de su marido. En este sentido, RICO LARA, M: “*La inseminación artificial. Sus problemas morales y jurídicos*”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, núms. 31 y 32, Madrid, 1968, págs. 139 a 158.; CUELLO CALÓN, E: “*El aspecto penal de la fecundación artificial*”, op. cit. pág. 195; HERRERO DEL COLLADO, T: “*La inseminación artificial humana ante el Derecho Penal*”, op. cit., pág. 118.

solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas” (art. 2.1.b) y en su artículo 20, dedicado a las infracciones y sanciones, se considera infracción grave, entre otras conductas, la omisión del consentimiento exigido en la presente Ley (art. 20.2 B). La sanción que correspondía a tal calificación era la de una multa entre el medio millón y los dos millones y medio de pesetas (tres mil seis y veinticinco mil euros).

Los primeros intentos de criminalizar dicha conducta se producen con el Anteproyecto de Código Penal de 1922. En efecto, iniciado el proceso de reforma del antiguo Código Penal, en el año 1992 se presentó un primer anteproyecto de nuevo código penal, en cuyo Título V del Libro II, bajo el rótulo “De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida”, se contenían cuatro artículos sobre dicha materia, entre los que se encontraba el art. 167, según el cual “quien practicare inseminación artificial en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de uno a cuatro años”. Aunque el bien jurídico protegido en un delito de esta naturaleza es claro, la libertad procreativa de la mujer, lo cierto es que este tipo penal presentaba importantes deficiencias. En primer lugar, con la referencia expresa a la inseminación artificial se excluye la posible comisión del delito a través del empleo de otras técnicas artificiales de reproducción, como pueden ser la fecundación in vitro con transferencia de embriones o la transferencia intratubárica de gametos.³¹³ Además se produce una clara incoherencia (que se ha mantenido en la evolución legislativa de este precepto y que aún subsiste en el Código penal vigente) son la regulación penal del aborto, al no incluirse la imposición coactiva de la maternidad entre los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo.

Por lo que respecta al Proyecto del Código Penal de 1992, junto al cambio de numeración (este precepto pasa a ser el art. 170), se añaden sendos apartados a la conducta de inseminación artificial no consentida, en los que se establece la naturaleza semipública del delito y los efectos del perdón del ofendido. Si bien dicho Proyecto fue paralizado por la disolución de las Cortes Generales, la Comisión correspondiente llegó a discutir el mencionado Título V del Libro II, realizando algunas modificaciones que posteriormente se verían reflejadas en el posterior Proyecto de 1994. Entre las principales enmiendas admitidas, podemos destacar la sustitución

³¹³ Vid PERIS RIERA, J.M: *“La regulación penal de la manipulación genética en España”*. Civitas, Madrid, 1995, pág. 155 y s.

de la referencia a la “inseminación artificial” por la de “reproducción asistida” para dar cabida al resto de técnicas de reproducción artificial.

Una de las novedades más llamativas del proyecto del Código penal de 1994³¹⁴, es que el legislador se decanta por no incluir las conductas relativas a la manipulación genética en el texto del Código, sino, que por el contrario, adopta la decisión de convertir determinadas infracciones administrativas contenidas en la LTRA en delitos. Así pues, el Proyecto de 1994 opta por la técnica de las leyes especiales; para ello la Disposición Final tercera del Código modificaba la LTRA, introduciendo entre otros, el art. 23: “1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado, con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada. Cuando ésta sea un menor de edad o un incapaz, también podrán denunciar el representante legal, cualquier ascendiente y el Ministerio Fiscal”.

El Proyecto no fue objeto de enmienda alguna durante su paso por el Congreso de los Diputados, si bien fue en esa sede donde se decidió modificar su ubicación pasando de nuevo al texto del Código Penal. Durante su tramitación en el Senado, sólo el Grupo Socialista interpuso una serie de enmiendas³¹⁵, las cuales fueron aprobadas por esa Cámara y ratificadas por el Congreso, dando como fruto la regulación penal de la manipulación genética (en sentido amplio) contenida en la Ley Orgánica 10/1995 de 23 noviembre, del Código Penal. El artículo 162 del Código Penal decía así: “Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menos de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.”

³¹⁴ BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, Número 77-1, de 26 septiembre de 1994

³¹⁵ En concreto, se trata de las enmiendas 312 a 315, recogidas en el BOCG. Senado, Número 87 C, de 21 septiembre. En ellas únicamente se perfecciona la técnica de redacción utilizada corrigiendo algunas deficiencias del Título V, entre las que se incluye la modificación de la redacción del apartado 2º del artículo 162 C.P, dedicado a la reproducción asistida no consentida.

Este precepto ha pasado posteriormente a ser el artículo 161 CP³¹⁶ de acuerdo con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

Se puede advertir que el objeto material del delito será cualquiera de las dimensiones de ejercicio de la libertad.

La conducta típica consiste en practicar a una mujer la técnica de reproducción asistida sin su consentimiento, realizada, o bien por inseminación artificial, la fecundación in vitro con transferencia de embriones, o por la transferencia de gametos³¹⁷. No quedaría incluida la conducta consistente en la utilización ilícita de semen donado de forma voluntaria con anterioridad, para practicar la reproducción asistida. Se admite tanto la conducta activa como omisiva.

En consecuencia, la conducta delictiva no contiene elementos subjetivos, sino que, por el contrario, se encuentra integrada por dos elementos del tipo objetivo, que son:

a. Que se practique una de las diversas técnicas de reproducción asistida. Practicar ha de entenderse como el conjunto de actividades que pretenden lograr la fecundación de una mujer mediante técnicas de reproducción asistida.

b. Que esto se haga sin la anuencia de la mujer, pues, si así no fuese, y reuniendo las condiciones previstas en el artículo 2 de la Ley de Reproducción asistida, la conducta sería atípica.

Efectivamente, la falta de consentimiento de la mujer es el elemento más relevante para concretar la conducta típica.³¹⁸ Cabe la violencia, la intimidación, el engaño, la privación de

³¹⁶ Señala el artículo 161 del C.P. que: "1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. 2. -Para proceder por este delito será precisa la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio fiscal".

³¹⁷ La reproducción asistida se refiere a las técnicas de inseminación artificial consistentes en la fecundación in vitro, fecundación in vitro con transferencia de embriones y transferencia de gametos, además de las que, con estos mismos fines, aparezcan en el futuro.

³¹⁸ Vid. ARIÑO FERRER, E. "El deber de información de la Administración y el derecho de intimidad", Revista Jurídica Española LA LE Y, 1995, Tomo 3, págs. 771-786; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., "Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y de la manipulación genética humana", op. cit., págs. 327 y ss.; BLANCO CORDERO, I. "Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica", Actualidad Penal, 1997, núm. 27, págs. 575 a 603; DE LA CUESTA AGUADO, M.P. "Reproducción asistida humana no consentida", Tirant Lo Blanch,

sentido o la desinformación, como formas de comisión que expresan la falta de consentimiento. En concreto, la utilización de la violencia supondría el modo comisivo con un mayor desvalor de la acción y del resultado donde se estaría violentando la voluntad manifestada en contrario de forma expresa.

Para que se entienda válidamente emitido el consentimiento en la práctica de las técnicas de reproducción asistida y, por tanto, la conducta resulte atípica, es mi opinión considerar aquí aplicable los criterios jurídico-penales que rigen el consentimiento en las lesiones, aunque con matizaciones. En igual sentido, habrá de tenerse en cuenta lo previsto en los artículos 2 y 6 de la Ley de Reproducción Asistida³¹⁹. Así, para entender que existe un consentimiento válidamente otorgado y, por tanto, no falte el consentimiento, este deberá poseer las siguientes cualidades:

a. Que el consentimiento haya sido válido o, dicho de otro modo, habrá que verificar si han concurrido o no en el titular del bien jurídico protegido la capacidad para otorgar tal consentimiento, lo que supondrá excluir -sin duda- aquel que haya sido otorgado por un sujeto que no se encuentre en condiciones de comprender el sentido y trascendencia de su decisión en relación con el bien jurídico protegido, o no posea la capacidad natural de juicio y, en todo caso, se excluirá el consentimiento otorgado por el menor de dieciocho años, el incapaz o persona desvalida, por imperativo del párrafo segundo del artículo 161 del C.P.³²⁰

b. Dentro de la capacidad para consentir se ve necesario que exista una voluntad de disponer del bien jurídico libertad de procreación. Por su parte, en el sujeto activo de este

Valencia, 1999, págs. 91 a 117; BARREIRO, J. *"La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico"* Cuadernos de Política criminal, 1982, 16, págs. 5 y ss.; PERIS RIERA, J.M: *"La regulación penal de la manipulación genética en España"*, op. cit., págs. 75 y ss., ROMEO CASABONA, C. M. *"Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles"*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1997.

³¹⁹ El artículo 2 de la Ley 35/88 señala que las técnicas de reproducción asistida se realizará solamente en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si la han solicitado y aceptado libre y conscientemente y ha sido previa y debidamente informada sobre ella. Por su parte, el artículo 6 está referido a que la mujer podrá optar por la práctica de la reproducción asistida, siempre que haya prestado su consentimiento en su realización de manera libre, consciente, expresa y por escrito.

³²⁰ Sobre la minoría de edad ver el artículo 19 del C.P. y Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. También, BUENO ARÚS, F. *"El consentimiento del paciente"*, en MARTÍNEZ CALCERRADA, L. y otros, Derecho Médico, Vol. 1, 1986, pág.274; BARREIRO, J. *"La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica"*, Tecnos, 1990, págs. 84-85; Díez RIPOLLÉS, J.L./GRACIA MARTÍN, L. *"Comentarios a la Parte especial del Código penal"*, Tirant Lo Blanch, 1996, págs. 26 y ss., ROMEO CASABONA, *"El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana"*, 1994, págs. 270-271. Sobre el concepto de incapaz advertir lo señalado por el artículo 25 del Código penal. Sobre una posición más restrictiva respecto de las afecciones psíquicas graves, ver ILLESCAS RUS, A. V. *"La esterilización de deficientes mentales. Notas sobre la reforma del art. 428 del Código penal"*, Boletín de información del Ministerio de Justicia, núm. 1581, 1990, págs. 5080 a 5081.

delito ha de existir una voluntad equivalente al dolo directo de primer o segundo grado, o incluso de un dolo eventual, referido a la acción y resultado en la lesión del bien jurídico protegido.

c. El consentimiento para que se practique una reproducción asistida ha de ser libre, lo que significa que ha de existir una ausencia de vicios en su obtención. En todo caso, estaremos ante un consentimiento viciado cuando se obtenga con violencia o intimidación.³²¹ Pero también cabe el error, creado por medio de engaño o de otro modo, cuando se afecte a la cualidad lesiva de la acción y se encuentre ausente la conciencia de disposición del bien jurídico, no siendo posible un error sobre los motivos³²². En el mismo sentido, también serían posibles las formas consistentes en la privación de sentido o la desinformación causada a propósito.

d. El consentimiento también ha de ser espontáneo, de tal forma que ha de ser el sujeto activo del delito el que tome la iniciativa en el desencadenamiento del comportamiento de la mujer que concluirá en la producción del delito de reproducción asistida no consentida. No bastaría, pues, el mero asentimiento a una iniciativa ajena.

e. El consentimiento para practicar estas técnicas de reproducción asistida ha de ser emitido de forma expresa, pudiendo ser tanto verbal como escrita, aunque no se admitirá el consentimiento tácito o por actos concluyentes³²³.

f. Por otra parte, el consentimiento ha de emitirse de forma previa, o, como máximo, simultánea a la realización de la técnica de reproducción asistida, pudiendo ser, no obstante, revocado en cualquier momento no posterior a esta. Para estos supuestos será posible aplicar la doctrina del error, aunque también es posible que la mujer no haga uso de la denuncia

³²¹ PERIS RIERA, J.M: *"La regulación penal de la manipulación genética en España"*. Civitas, Madrid, 1995, op. cit., pág. 152.

³²² Vid. CEREZO MIR, *"Observaciones críticas al proyecto de ley orgánica de código penal"*, en "Estudios sobre la moderna reforma penal española", 1993, págs. 81-82; BAJO FERNÁNDEZ, M: *"Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante"*, CPC, 1993, pág. 149; ROMEO CASABONA, C. M *"El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana"*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 267; BARREIRO, J. *"La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica"*, op. cit., pág. 78; QUERALT JIMÉNEZ, J. J: *"Derecho penal español. Parte especial"*, 1992. Atelier Libros. pág. 70.

³²³ CEREZO MIR, *"Observaciones críticas al proyecto de ley orgánica de código penal"*, en "Estudios sobre la moderna reforma penal española", op. cit., pág. 82; en igual sentido ROMEO CASABONA, C. M: *"El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana"*, op. cit., pág. 267.

(artículo 161, párrafo segundo), no dando lugar al desencadenamiento de las consecuencias jurídico-penales de la acción.³²⁴

g. En todo caso, el consentimiento ha de ser emitido por la mujer. La falta de consentimiento en el marido haría atípica la conducta.³²⁵

En otro orden de cosas, es conveniente indicar que sujeto pasivo del delito exclusivamente podrá serlo la mujer, pues esta es la titular del bien jurídico protegido y sólo a ella corresponde emitir el consentimiento para no hacer típica la conducta, o, dicho de otro modo, la falta de consentimiento que hace típica la conducta de otro, corresponderá en exclusiva a la mujer receptora de la técnica de reproducción asistida, no siendo posible, en mi opinión, la posibilidad de que un representante legal pueda emitir válidamente el consentimiento en lugar de la mujer.

Por su parte, el sujeto activo del delito podrá serlo, en principio, cualquiera, si bien hay que tener presente que, dado el carácter técnico que supone la práctica de una reproducción asistida en una mujer, lo común será que la practique un facultativo especialista en la técnica descrita. No obstante, la expresión típica "quien practicare...", no limita el círculo de posibles sujetos activos del delito, pudiendo -por tanto- ser cualquier persona, aun cuando resulten sorprendentes los motivos que decidan la conducta típica. Se trata pues de un delito común y no de un delito especial propio.³²⁶

En cuanto al tipo subjetivo, señalar que se trata de un delito doloso, admitiéndose tanto el dolo directo como el eventual. No está previsto el tipo imprudente (artículo 12 del C.P.). Por lo demás, no se exige en el agente un especial ánimo que sea constitutivo de un elemento subjetivo del injusto.

³²⁴ Ver el artículo 6.2 de la Ley de Reproducción Asistida. En igual sentido podrá tenerse en cuenta las aportaciones de BAJO FERNÁNDEZ, M: *"Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante"*, op. Cit .pág. 150, entre otros autores.

³²⁵ MORILLAS CUEVAS, L. *"Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial"*. Dykinson 2011. ISBN 9788499828138 pág. 119.

³²⁶ En contra, se ha llegado a afirmar su carácter de delito especial por autores como GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *"Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal"*, en RDGH (revista de Derecho y Genoma Humano), núm. 3, 1995, págs. 836 y ss.

De otra parte, es un delito de resultado que se consuma en el momento en que se realiza la reproducción asistida no consentida, no resultando necesario que efectivamente se produzca un desarrollo completo del embarazo³²⁷, pues no se exige resultado posterior alguno a la intervención consistente en la práctica de la reproducción asistida.³²⁸ Son perfectamente imaginables los supuestos de tentativa.

Por otro lado, señalar que no cabría la aplicación de causas de justificación cuando no exista un consentimiento de la mujer para practicar una reproducción asistida.

Serán aplicables las reglas generales sobre inimputabilidad e inexigibilidad de otra conducta. Respecto del error, es perfectamente posible el error de tipo (p. ej. sobre la apreciación de la validez del consentimiento otorgado por el sujeto pasivo), y también el error de prohibición.

2. LA INEXISTENCIA DE UNA INDICACIÓN EXPRESA QUE AMPARE EL ABORTO DERIVADO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA NO CONSENTIDA.

El delito de reproducción asistida no consentida, dado que afecta a la fase del desarrollo embrionario humano, y, a través de la práctica de esta, se puede llegar al nacimiento de un ser humano, que no ha tenido en ningún momento el consentimiento de la mujer receptora, ya sea por anulación o por vicio de su voluntad, nos plantea la problemática en la esfera jurídico-penal del aborto. Especialmente, cuando no se adopte la decisión de llevar adelante el embarazo y se quiera acudir a la vía del aborto, debiéndose -en todo caso- preservar la intimidad y otros bienes jurídicos de terceros, sobre todo de la mujer receptora de esta técnica que le ha sido practicada sin su consentimiento. No en vano, el delito previsto en el artículo 161 del C.P. ya participa de una naturaleza de delito semiprivado, siendo precisa la denuncia de la mujer agraviada para llevar a cabo su persecución, además de la interpuesta por su representante legal o del Ministerio Fiscal, para los supuestos de minoría de edad, incapacidad o al tratarse de personas desvalidas (párrafo segundo del artículo 161 del C.P.).

³²⁷ No se requiere el embarazo, y así lo han entendido autores como, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L: *"Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo código penal español"*, Revista derecho y Genoma Humano, 1996, 5, pág. 70.

³²⁸ Así, la fecundación no es un elemento necesario para la consumación del delito. En opinión de BENITEZ ORTÚZAR, I. F: *"Aspectos jurídico penal es de la reproducción asistida y la manipulación genética humana"*. Edersa, Madrid, 1997, 1ª ed. pág. 489, no será precisa la iniciación de la gestación para entender consumado el delito.

El legislador no ha previsto la posibilidad de ampliar el ámbito de la indicación criminológica en la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Esta situación ha sido provocada por la no incorporación en el texto punitivo de un nuevo sistema de despenalización de determinadas interrupciones voluntarias del embarazo, dejándose (de acuerdo con el artículo 145.1 CP) al amparo de lo que disponga una futura Ley, la cual no ha sido aprobada hasta tal fecha.³²⁹ Entre tanto queda vigente el artículo 417 bis del Código Penal derogado.

Los distintos proyectos de ley en los que se ha tratado la cuestión de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo se han caracterizado por abordar el problema planteado.

Esto no ocurre, sin embargo, en otros países, en los cuales, junto a la inclusión del delito de reproducción asistida no consentida, se hace una referencia expresa a tal circunstancia en la regulación del aborto (así como en otros delitos en los que esta circunstancia pudiera tener relevancia, por ejemplo en el infanticidio). Así sucede, por ejemplo, en el caso colombiano. En efecto, el Código penal de Colombia de 24 de julio de 2000 tipifica en su art. 187 la siguiente conducta: «Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de dos a seis años. Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión hasta por el mismo término. La pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se realizare en menor de catorce años».

No obstante, esta figura típica no es nueva en el Derecho penal colombiano, sino que un delito similar se incluía ya en el Código penal de 1980.³³⁰

Al margen de otro tipo de consideraciones, en relación con este delito debe valorarse positivamente su más correcta ubicación sistemática, pues a diferencia del caso español, esta

³²⁹ No obstante, tras las elecciones generales celebradas el 14 de marzo de 2004, y de las que salió victorioso el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), este ya se ha mostrado a favor de emprender la reforma de la legislación relativa a la interrupción voluntaria del embarazo, sustituyendo el vigente sistema de indicaciones por un sistema de plazos (aborto libre en las primeras doce semanas de gestación) en el que se incluiría una ley de salud sexual para favorecer las campañas de prevención. Vid. Diario El País, 26 de Marzo de 2004, pág. 18.

³³⁰ Vid. GÓMEZ PIEDRAHITA, H: *“Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina de seres humanos”*, Editorial Librería del Profesional, Bogotá, 1984, pág. 58 y ss.; GONZÁLEZ DE CANCINO, E: “El nuevo Código penal colombiano y la biotecnología”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 16, 2002, pág. 124 y ss.

conducta típica se encuentra incluida dentro del capítulo dedicado a los «delitos contra la autonomía personal» (Capítulo Quinto del Título III), y no dentro de los delitos relativos a «la manipulación genética» (Capítulo Octavo del Título II).

Otro de los aspectos positivos del Código penal colombiano es precisamente, al menos desde un punto de vista de técnica jurídica, la regulación del aborto, pues al regular la «indicación criminológica» (que aquí no actúa como eximente sino como atenuante), hace expresa referencia al supuesto de reproducción asistida no consentida.

Así, el art. 124 dispone que «la pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas».

En términos similares se muestra el Código penal peruano de 1991, en cuyo art. 120, dentro de la regulación relativa al aborto, se dice lo siguiente: «*El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente (...)*». No obstante, es criticable la limitación a los supuestos de inseminación artificial (la atenuante debería alcanzar a cualquier técnica de reproducción asistida)³³¹, así como la exigencia de la misma deba producirse fuera de matrimonio³³². Además, es curiosa la inclusión de esta atenuante cuando no existe un delito paralelo de inseminación artificial no consentida, lo cual puede plantear algún problema con respecto a la exigencia de denunciar tal situación, ya que dicha actuación no sería delictiva (salvo que se esté pensando en esta conducta cuando se habla de comportamientos análogos al acto sexual en los arts. 170 y ss.).³³³

³³¹ Cfr. en otro contexto, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L: “Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española”, Revista de Derecho y Genoma Humano, núm.3, 1995. pág. 85; CUERDA RIEZU, A: “Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el proyecto de Código penal de 1992”, en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, vol. III, Fundación BBV, Madrid, 1994, pág. 227; PERIS RIERA, J.M: “La regulación penal de la manipulación genética en España”, op. cit., pág. 155 y ss.

³³² De esta misma opinión, VARSÍ ROSPIGLIOS, E. “Derecho Genético”, 4.a edición, Grijley, Lima, 2001, pág. 346; HURTADO POZO, J: “Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 2. Aborto”, Ediciones Juris, Lima, 1994, págs. 91 y s.

³³³ En tal caso, nos encontraríamos ante una interpretación análoga *in malam partem*, es decir, cuando es el propio legislador quien prevé que para la interpretación de un precepto penal del que se derivará una sanción de esta naturaleza, debe acudir, de ser ello necesario, a la analogía (en este caso, en contra del reo). El art. 170CP peruano sería un buen ejemplo de ello, pero también en el Código penal español encontramos otros ejemplos,

También es interesante hacer una breve referencia a la situación en Alemania. En el año 1990 se aprobó en este país la Ley sobre protección de embriones (*Embryonenschutzgesetz*) en la cual se sanciona con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa a quien «emprenda la transferencia de un embrión a una mujer sin su consentimiento» (art. 4.1.2).³³⁴ La introducción de este delito no fue acompañada, sin embargo, de una modificación de la indicación criminológica del aborto, con lo cual la doctrina alemana ya advirtió el mismo problema que se está planteando actualmente en España.³³⁵

No obstante, tras la reforma de la regulación del aborto acaecida en 1992 se adopta un sistema combinado de indicaciones y de plazos con asesoramiento previo de la mujer (§§ 218 y ss. del

como el art. 239.1, que se refiere al empleo de «ganzúas u otros instrumentos análogos» para ser condenado por un delito de robo. Para MUÑOZ CONDE, F/ GARCÍA ARÁN. M: *“Derecho Penal. Parte General”*, 5.a edición, Tirantlo Blanch, Valencia, 2002, pág.121, tales cláusulas legales no suponen aplicación analógica de la ley y, aunque perjudiquen al reo, no infringen la prohibición de analogía. Cfr. no obstante, CEREZO MIR, J. *“Curso de Derecho penal español. Parte General, I. Introducción”*, pág. 212. En sentido similar, respecto del mencionado art. 170 CP peruano, CARO CORIA, D. C/ SAN MARTÍN CASTRO, C.: *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales”*, Grijley, Lima, 2000, p. 81, según los cuales, “el enunciado «acto análogo» (...) es una cláusula general que permite la interpretación analógica, lo que implica extender la tipicidad a todo aquél comportamiento que, por atacar o poner en riesgo de modo similar al bien jurídico, es susceptible de una desvaloración equivalente”. Cuestión diferente es que si estas cláusulas conllevan una definición excesivamente abierta de la conducta podrían ser contrarias al principio de legalidad material por infracción del principio de taxatividad. Ciertamente, no parece muy viable la consideración de la inseminación artificial como comportamiento análogo al acto sexual, pues si bien es cierto que ambos tienen en común la potencialidad (en determinados supuestos) de provocar un embarazo, en puridad la inseminación artificial no consentida no puede considerarse como un atentado contra la «libertad sexual» de la mujer, sino más bien, como se dijo más arriba, como un atentado a su «libertad reproductiva», y los supuestos análogos al acto sexual referidos en el art. 170 CP peruano sí que debe suponer, en todo caso, una forma (diferente del acto sexual) de ataque a la libertad sexual, pues no debe olvidarse el papel del bien jurídico (en este caso, la libertad sexual) como instrumento de delimitación de las conductas abarcadas por el tipo penal correspondiente, de tal forma que en ningún caso podrían entenderse incluidos en un precepto aquellos comportamientos que no afecten al bien jurídico protegido. Esta función dogmática (interpretativa) del bien jurídico es explicada muy claramente por PEÑA CABRERA, R.: *“Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general”*, 3.a edición, Grijley, Lima, 1997, pág.65, en los siguientes términos: «El bien jurídico constituye la base sobre la cual se estructura el tipo penal, delimitando el ámbito de protección de la norma. En tal medida, su utilidad interpretativa radica en que permite descubrir la verdadera naturaleza del tipo y de los elementos que lo integran». En este mismo sentido, ROMEO CASABONA, C.M. *“La vinculación entre dogmática penal y política criminal: de la realidad presente a las necesidades de futuro”*, pág. 21; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E: *“Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990, pág. 7 y 19 y ss.; GARCÍA RIVAS, N.: *“El poder punitivo en el Estado democrático”*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pág. 49; HORMAZÁBAL MALARÉE, H: *“Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)”*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991, pág. 172; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *“Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”*, Poder Judicial, núm 28, 1992, pág. 9.

³³⁴ El texto de esta Ley puede consultarse en ROMEO CASABONA, C. M (ed.): *“Código de Leyes sobre Genética”*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 1997, pág 79 y ss.

³³⁵ Cfr. SCHROEDER, F-CH: *“Die Rechtsgüter des Embryonenschutzgesetzes”*, en Hans-Heiner Kühne (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, pág. 543. Sobre la regulación del aborto en Alemania antes de la reforma de 1992, vid. GÖSSEL, K. H: *“La reforma del delito de aborto en Alemania”*, Cuadernos de Política Criminal, núm 4, 1978, pág. 137 y ss.; HIRSCH, H.J: *“La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana”*, en Derecho Penal. Obras completas, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, pág. 233 y ss.

Código penal alemán³³⁶), de tal forma que el problema parece, en principio solucionado, pues la mujer podrá interrumpir el embarazo dentro de los tres primeros meses de gestación libremente, sin tener que alegar causa alguna. No obstante, incluso en este caso podría llegar a surgir un conflicto, como muy acertadamente advierte el profesor SCHROEDER. En efecto, señala este autor que la introducción de la solución de los plazos no resuelve en todo caso el problema, ya que la mujer puede darse cuenta del embarazo transcurridos tres meses desde la concepción. Esta posibilidad no debería resultar extraña si tenemos en cuenta que una mujer, pese a tener síntomas evidentes de embarazo, no llegará a plantearse esta circunstancia y a confirmar tal extremo si considera que ello es imposible (por ejemplo, porque no ha tenido relaciones sexuales recientemente y desconoce que ha sido sometida a técnicas de reproducción asistida).

3. LA INDICACIÓN CRIMINOLÓGICA Y SU EXTENSIÓN AL DELITO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER

Así, a falta de una Ley que regule expresamente la interrupción voluntaria del embarazo, a la cual remite el artículo 145 CP, la regulación actual del aborto no punible se encuentra en el art. 417 bis. De acuerdo a este precepto: “1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes...2.^a Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

Tal y como expone la STC 53/1985, de la que ya hemos hablado, la justificación de esta indicación, se encuentra en el hecho de que la gestación ha tenido su origen en la comisión de una acto contrario a la voluntad de la mujer, lesionando de esta forma en grado máximo el libre desarrollo de su personalidad (además de vulnerar gravemente su derecho a la integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal).

³³⁶ Sobre la regulación actual del aborto en Alemania, *vid.* MAURACH, R/ SCHROEDER F-CH/ MAIWALD, M.: “*Strafrecht. Besonderer Teil*”, Teilband I, 9ª edición; BACIGALUPO, S./GROPENGIEBEN, H: “*La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española*”, Cuadernos de Política Criminal, núm. 59, 1996, pág. 527 y ss.

Se trata en definitiva de un conflicto de intereses que se origina entre la vida del feto y la libertad de la madre.³³⁷ Conflicto que la doctrina y nuestro Tribunal Constitucional resuelven considerando no exigible penalmente la continuación de un embarazo fruto de la lesión de la dignidad personal, la intimidad, la propia imagen el honor y la integridad física y moral de la mujer. Un embarazo no deseado producido en tales circunstancias acarrea a la mujer una serie de consecuencias psíquicas, morales y sociales a las que el legislador no quiere obligar mediante amenaza penal.³³⁸

Así pues, esta justificación sería tan válida cuando la mujer se ha quedado embarazada como consecuencia de un acto sexual sin consentimiento, a cuando se ha producido de igual forma por el empleo de técnicas de reproducción asistida. El paralelismo existente entre ambos delitos, queda igualmente patente en el hecho de que el legislador ha previsto en el artículo 161.2 CP, la exigencia de la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (o Ministerio Fiscal en su caso), manteniendo la técnica utilizada en el art. 191 CP para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Debemos analizar, pues, el alcance real de la llamada indicación criminológica, comprobando si el ámbito de aplicación de dicho precepto podría abarcar igualmente a los casos mencionados de reproducción asistida no consentida.

Tras la reforma del CP introducida por la LO 11/1999, entendemos que un amplio sector de la doctrina, que la indicación criminológica del aborto únicamente opera *strictu sensu* en los casos en los que el embarazo se haya producido como consecuencia de una penetración vaginal con violencia o intimidación.³³⁹

³³⁷ Vid. LAURENZO COPELLO, P. “*El aborto no punible*”, Bosch, Barcelona, 1990, p.130; FEIJOO SÁNCHEZ, B. EN Miguel Bahi Fernández (Dir.), “*Compendio de Derecho Penal* “ Parte especial, Vol. I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pág.316.

³³⁸ MOLINA BLÁZQUEZ, C., SIERRA MUCIENTES, S. “*El delito de aborto, dimensión constitucional y penal*”. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 212.

³³⁹ ROMERO CASABONA, C. M. “*los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*”, Comares, Granada, 2004, pág. 195; CARBONEL MATEU, J.C, GONZÁLEZ CUSSAC: “*Derecho Penal , partes especial*” 7ª edición (con la colaboración de Alfonso SERRANO MAÍLLO), Dykinson, Madrid, 2002, pág.93; VALLE MUÑIZ, J.M; QUINTERO OLIVARES, G. en Gonzalo Quintero Olivares (ed.)/ Fermín Morales Prats (coord.), “*Comentarios al Nuevo Código Penal*”, 3ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág.760. Siguen manteniendo que esta indicación se sigue extendiendo a todos los supuestos abarcados por el derogado art. 429 CP.

Así pues el alcance de dicho eximente es mucho más reducido que con el antiguo CP, no incluyéndose en ella, además de los supuestos de reproducción asistida no consentida ³⁴⁰, los casos en los que el embarazo se ha originado como consecuencia de un abuso sexual (arts. 181 y ss. CP).

4. LAS EXIMENTES POR ANALOGÍA EN EL ACTUAL CP ESPAÑOL

Descartado, pues, que la indicación criminológica del aborto alcance a los supuestos de reproducción asistida no consentida (como tampoco lo hace a los casos de abusos sexuales), ahora queda por analizar si es posible la aplicación de la misma por analogía, tal y como afirma un variado sector de la doctrina.³⁴¹

A este respecto, decir que entre los supuestos contemplados en dicha indicación y los supuestos de reproducción asistida no consentida se aprecia una clara identidad de razón, con lo cual sería, en principio, posible la aplicación analógica de esta eximente. El problema no surge, por lo tanto, en este punto, sino que la duda se plantea con relación al hecho de si el Código Penal admite la existencia de eximentes por analogía.

De acuerdo con el profesor CEREZO MIR, en la analogía “la ley se aplica a hechos que no están comprendidos ni en su letra ni en su voluntad, pero son semejantes a los comprendidos en la misma”.³⁴² Se trata, por lo tanto, de una aplicación de la ley más allá de su ámbito de extensión. Por esta razón, la doctrina ha venido entendiendo que la prohibición de la analogía es una de las consecuencias indiscutibles del principio de legalidad en materia penal, pues, teniendo en

³⁴⁰ Critican su no inclusión, en relación con el antiguo CP, ROMEO CASABONA; C.M, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L: “*Análisis de los elementos de las causas de justificación del artículo 417 bis del Código Penal*” en Comentarios a la legislación penal, Tomo IX (La reforma del delito de aborto), Edersa, Madrid, 1989, pág. 185; BAJO FERNÁNDEZ, M: “*Manual de Derecho Penal, Parte Especial, delitos contra las personas*”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid , 1991, pág. 125.

³⁴¹ Por ejemplo, TORÍO LÓPEZ, A. “*Cuestiones jurídicas de la eugenesia hoy*”, En Carlos María Romeo Casabona, C. M (ed.), La eugenesia hoy, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma-Humano- Comares, Bilbao- Granada, 1999, pág. 266; LUZÓN PEÑA, D. M. “*Indicaciones y causas de justificación en el aborto*”, Cuadernos de política Criminal, núm. 36 (1988), pág. 654.

³⁴² CEREZO MIR, J. “*Curso de Derecho Penal español. Parte General, I. Introducción*”, op. cit., pág. 208. El Tribunal Constitucional concibe la analogía como la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella (entre otras, SSTs 346/1993, de 22 de noviembre y 182/1990, de 15 de noviembre). Vid. DE VICENTE MARTÍNES, R. “*El principio de legalidad penal*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 132.

cuenta que a quien corresponde la aplicación de las leyes es a los tribunales de justicia, la analogía constituye una clara invasión de la voluntad del poder judicial en la del legislativo.³⁴³

Como afirma ROXIN, una aplicación del Derecho Penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimidad democrática.³⁴⁴

Así pues, nadie pone en duda que para el Derecho Penal, la laguna punitiva (si es que pudiera hablarse realmente de “lagunas” en esta rama del derecho), sólo puede significar impunidad. Así se deriva claramente del art. 4.2 CP, el cual impide a los jueces castigar aquellas conductas no penadas por la ley, sin perjuicio de que puedan solicitar al Gobierno el establecimiento de un sanción penal cuando la estimen digna de represión.³⁴⁵ Es por ello muy acertado el razonamiento del profesor ORTS BERENGUER, cuando afirma que “si específicas acciones no aparecen sancionadas por la ley, antes de pensar que allí ha surgido una laguna, habrá que inclinarse por la creencia de que no se las ha querido incriminar”.³⁴⁶

Ahora bien, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, cabe realizar alguna matización. En efecto, suele distinguirse entre dos tipos diferentes de analogía, la analogía favorable (*in bonam parte*) y la perjudicial para el reo (*in malam partem*).³⁴⁷

En realidad, únicamente la segunda de ellas supone una restricción de derechos para los ciudadanos. Es, por ello, unánime la doctrina, así como la jurisprudencia, en rechazar la analogía *in malam parte*. A este respecto, ya desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional viene manteniendo esta postura.³⁴⁸ Así, la STC 133/1987, DE 21 de julio afirma

³⁴³ Así, CARBONEL MATEU, J.C: “Derecho Penal: concepto y principios constitucionales” 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 132.

³⁴⁴ Vid. ROXIN, C: “Strafrecht. Allgemeiner” Teil, Band I, 3, Auflage, C.H. Beck, Munich, 1997, pág 106.

³⁴⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en Gonzalo Rodríguez Mourullo (Dir.), “Comentarios al Código Penal”, Civitas, Madrid, 1997, pág. 36.

³⁴⁶ Vid ORTS BERENGUER, E. “Atenuante de análoga significación” (Estudio del artículo 9.10 del Código Penal), Universidad de Valencia, Valencia, 1978, pág.13. En el mismo sentido, DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.J. “Atenuantes por analogía”, Editorial General del Derecho, Valencia, 1995, pág. 14.

³⁴⁷ Vid RODRÍGUEZ DEVESA, J.M; SERRANO GÓMEZ, A: “Derecho Penal español”. Parte General. 18ª edición, Dykinson, Madrid, 1995, pág.254, prefieren hablar de analogía permitida y analogía prohibida.

³⁴⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ: “El principio de legalidad penal”, op. cit., pág. 148 y ss; en un primer momento el Tribunal Constitucional se abstuvo de valorar la interpretación que los tribunales ordinarios hacían de cualquier ley considerando que se trataba de una “cuestión de mera legalidad”, por lo que inadmitía recursos de amparo vetando al ciudadano la vía constitucional, cuando de consideraba mal aplicada la ley penal. En la actualidad, no obstante, el Tribunal Constitucional reconoce su competencia para “verificar si la interpretación realizada era una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a los valores de seguridad jurídica y monopolio legislativo,

que “el principio de legalidad (...) significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el juez se convierta en legislador (f.j. 4). Esta misma doctrina se mantiene en sentencias más recientes, por ejemplo, en las SSTC 170/2002, de 30 de septiembre (f.j. 12), 13/2003, de 28 de enero (f.j. 2), 38/2003, de 27 de febrero (f.j. 8).³⁴⁹

De la analogía debe distinguirse la “interpretación extensiva”, en la cual la ley se aplica a un hecho que no está claramente comprendido en su tenor literal, pero sí en su espíritu o voluntad. Para CEREZO MIR, la interpretación extensiva es lícita, pues no se opone al principio de legalidad, siempre por supuesto que se mantenga dentro del sentido literal posible del precepto.³⁵⁰

No obstante, para otro sector de la doctrina, así como para la jurisprudencia, dicha interpretación, al igual que la analogía, no es admisible, entre otras razones, por el riesgo de intentar encubrir bajo dicha denominación verdaderos supuestos de analogía *malam parte*.³⁵¹

supervisando si la interpretación acogida revela su sometimiento a unas reglas mínimas de interpretación que permita sostener que la decisión no era imprevisible para el ciudadano ni constituye una ruptura de la sujeción judicial al imperio de la ley” (STS 42/1999, de 22 de marzo, ff.jj. 4 y 5). En el mismo sentido, más recientemente, SSTC 13/2003, f. j.3; de 28 de enero 38/2003, de 27 de enero, f. j. 8; y 229/2003, de 18 de diciembre, f. j. 16.

³⁴⁹ CEREZO MIR, J. “Curso de Derecho Penal español. Parte General I. Introducción”, op. cit., pág. 212, El Tribunal Supremo ha incurrido en analogía prohibida en algunas ocasiones, tal y como sería el caso de las SSTS de 11 de abril y el 9 de noviembre de 2000.

³⁵⁰ CEREZO MIR, J. “Curso de Derecho Penal español. Parte General I. Introducción”, op. cit., pág. 209 y ss; de la misma opinión LUZÓN PEÑA, D. M: “Curso de Derecho Penal. Parte General”, op. cit., pág. 170 y ss; RAMOS TAPIA, M.I. en José M. Zugaldía Espinar (Dir.): “Derecho Penal. Parte General.” Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 268 y ss.

³⁵¹ En este sentido, RODRÍGUEZ DEVEESA, J.M; SERRANO GÓMEZ, A: “Derecho Penal español”. Parte General , op. cit., pág. 257; OTERO GONZÁLEZ, P. “La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 25. El Tribunal Constitucional, por su parte, rechaza la interpretación extensiva in malam parte en diversas sentencias (por ejemplo en las SSTC 137/1997, de 21 de julio de 1996; 111/1993, de 25 de marzo, f.j 7). También el Tribunal Supremo se ha manifestado en diversas ocasiones en contra de la admisibilidad de la interpretación extensiva, cuando ésta sea perjudicial para el reo (SSTS de 30 de mayo de 1987, de 2 de enero de 1990, o 14 de octubre de 2002 entre otras). Lo cierto es que esta aparente diferencia de opiniones entre un sector de la doctrina y la jurisprudencia, por un lado, y otro sector doctrinal, por otro, referente a la interpretación extensiva contraria al reo, puede tratarse únicamente de una cuestión terminológica y no tanto de fondo. En efecto , si hacemos un análisis más detenido de dichas posturas podemos comprobar cómo en ambos casos se llega a la misma conclusión en relación a la interpretación que es jurídicamente admisible y a la que no lo es, aunque se esté empleando una nomenclatura diferente. Así, el Tribunal Constitucional reconoce que no se puede “pasar por alto” que toda norma penal admite varias interpretaciones como consecuencia natural de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTS 167/2001, de 16 de julio, f.j. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, f.j. 3 o 38/2003, de 27 de febrero, f.j 8). Y en la STC 42/1999.

Si bien, como hemos visto, existe una unanimidad absoluta en relación con el rechazo de la analogía en perjuicio del reo (analogía *in malam partem*), la doctrina y la jurisprudencia se muestran divididas acerca de si la analogía *in bonam partem* es contraria o no al principio de legalidad y, en consecuencia, si es posible otorgar una cierta relevancia práctica a la misma. Así, para un sector doctrinal, «el principio de legalidad penal, en su doble sentido material de garantía para la seguridad jurídica y de garantía para el ciudadano de exclusividad del legislativo en la definición de delitos y sus consecuencias, prohíbe taxativamente la utilización de la analogía para crear o agravar la responsabilidad penal; pero en cambio, ninguno de esos dos aspectos, en su significado garantista para el ciudadano, se opone a que se utilice judicialmente la analogía *in bonam partem* o favorable al reo, es decir, para atenuar o excluir la responsabilidad penal»³⁵².

Este planteamiento goza de una amplia acogida en la doctrina penal española, y de la misma derivan un importante número de autores que la analogía *in bonam partem* estará permitida aunque nada se diga al respecto en el Código penal.³⁵³ Para otros autores, en cambio, la analogía *in bonam partem* se opone en todo caso a las exigencias de taxatividad y reserva de ley y, por ello, al principio de legalidad.

Por esta razón sería inconstitucional, salvo que esté expresamente autorizada en un precepto legal.³⁵⁴

Lo cierto es que la analogía, cuando beneficie al reo, no se opone en sí misma, desde una perspectiva constitucional, al principio de legalidad penal. Es decir, constitucionalmente la

³⁵² LUZÓN PEÑA, D. M: “Curso de Derecho Penal. Parte General”, op. cit., pág. 137.

³⁵³ Así, entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M; SERRANO GÓMEZ, A: “Derecho Penal español”. Parte General, op. cit., pág. 254 y ss; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M: “Fundamentos de Derecho Penal” 3.a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág.300; FLORES MENDOZA, F: “La objeción de conciencia en derecho penal” Comares, Granada, 2001, pág. 245. Esta opinión también cuenta con numerosos apoyos en la doctrina alemana. Así, por ejemplo, ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 114; JESCHECK, H.H/ WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.a edición, Dunken&Humblot, Berlin, 1996, p. 136. Por su parte, el Tribunal Supremo, en sus SSTs de 28 de septiembre de 1998 y 1 de julio de 2002, parece decantarse por la admisibilidad de la analogía a favor del reo. Durante la vigencia del antiguo Código penal, también era ésta la postura del Alto Tribunal. Cfr. SSTs de 30 de mayo y 8 de octubre de 1992, 3 de mayo de 1994, entre otras. No obstante, en la STS de 30 de enero de 1991 no se aplica analógicamente la indicación criminológica del aborto para abarcar un caso de estupro. Entiende el Tribunal Supremo en este supuesto que «no se puede equiparar el estupro a la violación (...). (Nunca) es válido equiparar la situación mental y anímica descrita con la de la mujer (también hombre) violada, en la cual la ausencia de voluntad puede ser absoluta bien sea por la violencia bien sea por la intimidación ejercida.

³⁵⁴ Vid. COBO DEL ROSAL, M/ VIVES ANTÓN, T.S: “Derecho Penal. Parte General” 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág-168 y ss.

analogía *in bonam partem* no está prohibida³⁵⁵. Sin embargo, sí que puede estarlo legalmente (no existe obstáculo constitucional alguno para ello). Por lo tanto parece que la cuestión no debe centrarse tanto en la admisibilidad de la analogía *in bonam partem* como opción político-criminal, sobre lo cual no cabe duda, sino en si el legislador penal ha optado por esta posibilidad al redactar el Código penal.³⁵⁶ Pues bien, una interpretación literal de los arts. 4.1 y 4.3 CP debe llevarnos a entender que la aplicación analógica de las leyes penales, aunque sea a favor del reo, no cabe en el vigente sistema penal español.

En efecto, de acuerdo con el primero de los preceptos mencionados, «*las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*». Esta regla puede parecer redundante respecto a las declaraciones contenidas en los arts. 1, 2 y 10 del mismo Código, que por sí solos fundamentan sobradamente el pleno sometimiento al principio de legalidad. No obstante, esta norma parece que tiene una finalidad propia: la exclusión con carácter general de la analogía³⁵⁷, sea favorable o contraria al reo³⁵⁸.

Esta voluntad queda aún más claramente expresada, a nuestro entender, en el apartado 3.º de este mismo precepto³⁵⁹: «*Del mismo modo acudirá al Gobierno [el Juez o Tribunal que esté conociendo de un caso] exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio de Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo*».

³⁵⁵ Esta afirmación viene avalada por el Tribunal Constitucional, cuando en su Auto 941/1986, de 12 de noviembre (por lo tanto, en relación con el Código penal anterior) afirma que «La prohibición de analogía en la interpretación de las leyes sólo rige en el Derecho penal material en tanto sea *in malam partem*». Esto es, el Tribunal Constitucional no aprecia inconveniente alguno para la utilización de la analogía beneficiosa para el reo como método interpretativo.

³⁵⁶ De esta misma opinión, QUINTERO OLIVARES, G: “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, Aranzadi, 2002. Pág 157.

³⁵⁷ Así también, CORTÉS BECHIARELLI, E. en Manuel Cobo del Rosal (Dir.): “*Comentarios al Código Penal*” tomo I, EDESA, Madrid, 1999, pág. 94.

³⁵⁸ Vid. OTERO GONZÁLEZ, P: “*La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*” Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág.26.

³⁵⁹ De la misma opinión, SÁINZ CANTERO, J.A: “*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*”, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1990, pág 382, en relación con el art. 2.2 del antiguo Código penal, equivalente al actual art. 4.3; CEREZO MIR, J: “*Curso de Derecho penal español. Parte General, I. Introducción*”, op. cit., pág. 213; MORILLAS CUEVA, L: “*Curso de Derecho penal español. Parte General*”, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 93. También para GRACIA MARTÍN, L: “El «itercriminis» en el Código penal español de 1995”, en José Luis Díez Ripollés (dir.): *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 267, el art. 4.3 «parece, en efecto, vetar la viabilidad de aplicación de eximentes por analogía»

Es cierto, no obstante, que algún autor ha estimado que el término «ley» recogido en dicho precepto, interpretado en conexión con los arts. 4.1 y 4.2 CP, se refiere exclusivamente a «leyes penales» en sentido estricto, esto es, solamente leyes que imponen penas o las agravan³⁶⁰, pudiendo, en consecuencia, apreciarse analógicamente las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal. Ahora bien, tal y como acertadamente mantienen COBO DEL ROSAL/VIVESANTÓN, dicha interpretación es contraria tanto al tenor literal del texto como a su sentido, pues el texto no distingue entre diversas clases y preceptos, por lo que no cabe extraer la conclusión de que no se refiere a las favorables porque si los preceptos favorables fueran aplicables analógicamente, entonces esa norma no tendría función alguna³⁶¹. En definitiva, deben darse por buenas aquellas opiniones que en relación con el antiguo art. 2 venían manteniendo que aplicación «analógica» (aunque fuera *in bonam partem*) era justamente lo contrario de aplicación «rigurosa»³⁶².

Por esta misma razón no puede asumirse tampoco la propuesta de GRACIA MARTÍN, según el cual la petición de indulto al que alude el art. 4.3 CP sería tan solo un «remedio para los casos en que, estimando el Juez o Tribunal que la acción u omisión no debieran ser penadas, no hayan podido excluir la punibilidad ya antes ni siquiera mediante la aplicación de una eximente por analogía «por no haber semejanza e identidad de razón» en el suceso enjuiciado con respecto al supuesto de hecho de algunas de las eximentes reguladas expresamente en el Código y no ser procedente, por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.1 del Código Civil, la aplicación analógica de la Ley».³⁶³ Esta interpretación conllevaría una aplicación no rigurosa de las eximentes³⁶⁴, lo cual sería abiertamente contrario a lo dispuesto en el mencionado art.

³⁶⁰ Vid. MIR PUIG, S: “*Derecho Penal. Parte General*”, BDF, 2004 pág.127. También MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M: “*Derecho Penal. Parte General*”, op. cit., pág. 122, entienden que «el art. 4.2 CP no es suficiente argumento para negar la aplicación analógica beneficiosa».

³⁶¹ Cfr. COBO DEL ROSAL, M. L/VIVES ANTÓN, T. S. “*Derecho Penal. Parte General*”, Tirant Lo Blanch, 5ª Ed. Valencia, 1999. pág. 168. En el mismo sentido, SÁINZ CANTERO, J. A: “*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*”, Bosch, Barcelona, 5ª Ed. 1990. pág. 382. También CUELLO CONTRERAS, J: “*El Derecho penal español. Parte General*”, Dykinson, 2009. pág. 236, entiende que «el art. 4.3 se opone terminantemente a aplicar la ley penal por analogía favorable más allá del tenor literal posible» (en definitiva, si bien empleando otra terminología, este autor admite la interpretación extensiva en el campo de las eximentes —analogía intraliteral— pero no su aplicación analógica en sentido estricto —analogía extraliteral—, vid. pág. 230 y ss.).

³⁶² RODRÍGUEZ MOURULLO, G. “*Comentarios al Código Penal*”, op. cit., pág. 37.

³⁶³ GRACIA MARTÍN, L: «El «itercriminis» en el Código penal español de 1995», en José Luis Díez Ripollés (dir.): *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, op. cit., pág. 268.

³⁶⁴ COBO DEL ROSAL, M. L/VIVES ANTÓN, T.S: “*Derecho Penal. Parte General*”, Tirant Lo Blanch, 5ª Ed. Valencia, 1999. op. cit., pág. 164, con nota 32, refiriéndose a esta misma cuestión, califican de incongruente el art. 4.1 del Código civil, pues pese a incardinarse en el Capítulo segundo del título relativo a la aplicación de las normas

4.3 CP, por lo que debe ser descartada, sin perjuicio de reconocer la bondad del intento de paliar una regulación (la existente en el Código penal), político-criminalmente desacertada.

Así pues, por mucho que se quiera acudir a argumentos de indudable valor (la aplicación práctica de la mejor política criminal, la valoración de las circunstancias personales o fácticas que el legislador no pudo contemplar), lo cierto es que la analogía entraña una sustitución del monopolio legislativo, en tanto que supone reacción o integración judicial del Derecho más allá de lo establecido en la Ley.³⁶⁵

Si el legislador dispuso que una norma se aplicara a determinados hechos, los supuestos diferentes de éstos, es decir, aquellos que no son subsumibles en la norma bajo especie alguna de interpretación, han de considerarse carentes de valoración, tanto positiva como negativa.³⁶⁶

De esta forma, para la admisibilidad *de lege lata* de la analogía *in bonam partem*, deberá existir un precepto penal que la autorice expresamente³⁶⁷.

Como expone CARBONELL MATEU, «los problemas reseñados para la admisión de la analogía *in bonam partem* desaparecen cuando exista una cláusula de apoderamiento. En estos casos, es el propio legislador el que decide ampliar el ámbito de extensión de la ley a supuestos no expresamente previstos por él».³⁶⁸

Según RAMOS TAPIA, «aunque el art. 4 parece prohibir cualquier tipo de analogía, tanto en contra como favorable al reo, debe interpretarse que sólo resulta prohibida la primera, pues el

jurídicas, «la analogía no puede ser concebida como aplicación de las leyes. Se ha visto que la ley, estructuralmente, se compone de un presupuesto y una consecuencia jurídica. La alteración de cualquiera de estos elementos presupone un cambio, no una aplicación de la Ley». En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, J. C: "*Derecho penal: concepto y principios constitucionales*". Tirant Lo Blanch, 3ª Edición, 2004.pág. 134.

³⁶⁵ LUZÓN PEÑA, D. M: "*Curso de Derecho Penal. Parte General*", op.cit., pág.137; CARBONELL MATEU, J. C: "*Derecho penal: concepto y principios constitucionales*", Tirant Lo Blanch, 3ª Edición, 2004.op. cit., pág. 133. También para Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA: "*Introducción a la teoría jurídica del delito*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 28, la aplicación de la analogía *in bonam partem* a supuestos no autorizados expresamente «supone romper el monopolio legislativo a favor de la clase judicial, lo que claramente conculca la Constitución».

³⁶⁶ Vid. QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F. en Gonzalo Quintero Olivares (ed.)/Fermín Morales Prats (coord.): "*Comentarios al Nuevo Código Penal*", 3.a edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2004. pág. 59.

³⁶⁷ Cfr. SÁINZ CANTERO, J.A: "*Lecciones de Derecho Penal*" Parte General, 3.ª edición, Bosch, Barcelona, 1990. pág.381 y 384; COBO DEL ROSA, ML/ VIVES ANTÓN, T.S:" *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 168; MORILLAS CUEVA, L: "*Curso de Derecho penal español. Parte General*", op. cit., pág. 93; ÁLVAREZ GARCÍA, J:" *Introducción a la teoría jurídica del delito*", op. cit., pág. 28; LANDROVE DÍAZ, G. "*Introducción al Derecho penal español*", 7ª Edición, Tecnos, Madrid, 2006. pág.104; OTERO GONZÁLEZ, P. "*La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*"Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.pág. 30; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. en Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (dir.): "*Código penal comentado*", tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, pág.23. Sobre su posible autorización tácita, vid. FLORES MENDOZA, F:"*La objeción de conciencia en derecho penal*", Comares, 2001. págs. 241, con nota 157 y 242.

³⁶⁸ CARBONELL MATEU, J. C: "*Derecho penal: concepto y principios constitucionales*", op. cit., pág. 134 y ss.

art. 4 se incluye en el Título dedicado a las «garantías penales» y sólo la prohibición de la analogía *in malam partem* supone una *garantía* para el ciudadano»³⁶⁹. Ahora bien, para ser exactos, la denominación real del Título bajo el cual se recoge este precepto es «De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal» (Título Preliminar). De esta forma, el art. 4 haría referencia claramente a la segunda de las cuestiones que se incluyen en dicho Título (la aplicación de la Ley penal). El hecho de que únicamente la prohibición de la analogía *in malam partem* (la cual también se desprende, entre otros preceptos, del art. 4 CP) suponga en realidad una garantía para los ciudadanos³⁷⁰, no implica *per se* que la analogía *in bonam partem* es té admitida de forma automática, sino que el legislador penal, al regular el ámbito de aplicación de la Ley penal puede admitir esta posibilidad, con carácter general, o, como es nuestro caso, únicamente con carácter parcial.

De esta forma, empleando una terminología más precisa, al exigirse un apoderamiento legal expreso para posibilitar la extensión analógica (*in bonam partem*), el legislador penal podrá autorizar la «interpretación analógica», pero en todo caso estará vedada la «analogía en sentido estricto», esto es, cuando el Juez recurre a la analogía por iniciativa propia y no por mandato de la Ley.³⁷¹

Así, el legislador ha previsto expresamente la aplicación analógica de algún precepto en concreto, tal y como sucede con la atenuante por analogía prevista expresamente en el art. 21.6 CP79. Lo mismo sucede con la eximente del art. 20.2 CP, según el cual «*Están exentos de responsabilidad criminal: (...) El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos (...)*», o con el art.454 CP, el cual admite expresamente la aplicación por analogía de una excusa absolutoria: «*Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad (...)*».

³⁶⁹ RAMOS TAPIA, M.I. en José M. Zugaldía Espinar (dir): “Derecho Penal. Parte General”, op. cit., págs. 266 y ss.

³⁷⁰ Como dice QUINTERO OLIVARES, G. “Manual de Derecho Penal. Parte General”, op. cit., pág. 158, «es indudable que la interdicción de la analogía tiene esa finalidad de garantía para el reo frente al «iuspuniendi» del Estado, función de garantía que no se cumple o es innecesaria cuando la analogía beneficia al reo».

³⁷¹ COBO DEL ROSA, ML/ VIVES ANTÓN, T.S:” Derecho Penal. Parte General”, op. cit., pág. 164 y ss.; DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J:”Atenuantes por analogía”, Editorial General del Derecho, Valencia, 1995. págs. 17 y ss.; CARBONELL MATEU, J. C: “Derecho penal: concepto y principios constitucionales”, op. cit., pág. 134 y s.; OTERO GONZÁLEZ, P: “La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. op. cit., pág. 19.

Para GOYENA HUERTA, siguiendo a QUINTANO RIPOLLÉS, «la única razón de cierto peso en contra de la analogía de las eximentes es una razón de defensa social, según la cual se considera un riesgo demasiado grave el dejar al arbitrio judicial la creación de supuestos capaces de integrar una impunidad completa (...). No ha tenido, sin embargo, inconveniente alguno el legislador en admitir expresamente la analogía en materia de atenuantes, en la que, lógicamente, los intereses de la defensa social se hallan mucho menos comprometidos».³⁷²

Como conclusión, de acuerdo con lo dicho, la aplicación de una ley penal a un supuesto no contemplado en ella, por mucho que se considere parecido o análogo, queda prohibida tanto si favorece bonam parte (salvo los supuestos expresamente admitidos) como si perjudica malam parte, especie de analogía, esta última, que nunca ha tenido defensores en el derecho español. Así se desprende claramente tanto de los trabajos parlamentarios,³⁷³ como del hecho que el legislador haya dado entrada de forma expresa a la aplicación analógica in bonam parte en determinados supuestos, lo cual implica que allí donde nada ha dicho al respecto no era su voluntad la aplicación de la misma.³⁷⁴ En definitiva, las eximentes por analogía no están permitidas en el vigente CP, con lo que debe descartarse la posibilidad de practicar un aborto amparado en una aplicación analógica de la indicación criminológica en los supuestos que venimos analizando, esto es, cuando la mujer se ha quedado embarazada como consecuencia de la práctica de una reproducción asistida sin su consentimiento.³⁷⁵

5. PROBLEMÁTICA CONCURSAL

En relación con todo esto de la reproducción asistida, voy a analizar el tema de los concursos de delitos. En este ámbito, el delito en estudio puede entrar en relación con otros tipos delictivos,

³⁷² Cfr. GOYENA HUERTA, J. «Las atenuantes por analogía», en Javier Muñoz Cuesta (coord.), *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág.149.

³⁷³ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «Comentarios al Código Penal», op. cit., pág. 35, reconoce expresamente que la prohibición de la analogía in bonam parte «fue sin duda alguna la voluntad del legislador».

³⁷⁴ LANDROVE DÍAZ, G. «Introducción al Derecho Penal Español», op. cit., pág. 105 y ss.

³⁷⁵ De esta misma opinión, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. «Reproducción asistida humana no consentida. Algunas notas críticas acerca del artículo 162 del Código Penal español», en Carlos María Romero Casanova(Ed): «Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal español de 1995», Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Bilbao-Granada, 2001, pág. 186; OTERO GONZÁLEZ, P: «La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal», op. cit., pág. 59.

planteándose el problema habitual de determinar qué tipo de relación concursal es la que se produce en cada caso.

El delito de reproducción asistida arbitraria, en la medida en que se realice sin finalidad de procreación, mediante la fecundación de un óvulo in vitro, entrará en concurso ideal con el delito de fecundación prohibida del artículo 160.2 C.P.

Cuando al realizar la práctica de la reproducción asistida se produzcan lesiones en la mujer o el hecho cause a la misma, perturbaciones psíquicas se realizará además el delito de lesiones corporales correspondiente, que entrará también en concurso ideal con el tipo de la reproducción asistida arbitraria.³⁷⁶

Si en alguna hipótesis la reproducción asistida no consentida se realizara con ánimo lúbrico o libidinoso, como apunta HIGUERA GUIMERÁ, podrá realizarse a la vez un delito de agresiones sexuales, que entrará con el de la reproducción asistida no consentida en concurso ideal.³⁷⁷

Los medios por los que se accede a la práctica de la reproducción asistida no consentida, suponen generalmente un atentado a las diversas manifestaciones o dimensiones de la libertad penalmente protegida constitutivo de un delito contra la libertad. El delito de reproducción asistida no consentida entrará en concurso ideal con dichos delitos contra la libertad: detenciones ilegales, amenazas, coacciones, etc.³⁷⁸

El delito que nos ocupa podrá entrar en concurso real con otros tipos delictivos que puedan realizarse a continuación del mismo. Además de eventuales lesiones a la intimidad de la mujer mediante violaciones al secreto profesional (art. 199 CP),³⁷⁹ cabría también la realización de

³⁷⁶ Vid. HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *"El derecho Penal y la Genética"*, Trivium, Madrid, 1995, pág. 289.

³⁷⁷ HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *"El derecho Penal y la Genética"*, op. cit., pág. 288.

³⁷⁸ HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *"El derecho Penal y la Genética"*, op. cit., pág. 288; CUERDA RIEZU, A: *"Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el proyecto de Código penal de 1992"*, en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, FundaciónBBV, Madrid, 1994. pág.423; VALLE MUÑIZ J. M/GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M. *"Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal"*, Poder Judicial núm. 26, 1992. pág. 139 y ss; En contra de esta opinión un sector importante de la doctrina considera que entre el delito de reproducción asistida y el delito de coacciones existe una relación de concurso de normas que se resuelve, en virtud del principio de especialidad a favor del primero. Así, ROMEO CASANOVA, C.M. *"Los delitos contra la vida"*, Comares, Granada, 2004, pág. 330 a 331.

³⁷⁹ VALLE MUÑIZ J. M/GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M. *"Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal"*, op. cit., pág.141 y ss.

algún delito contra el estado civil, ahora delitos contra las relaciones familiares, de los artículos 220 y 221 CP.³⁸⁰

En nuestro Derecho no está prevista una indicación específica que justificara el aborto en estos casos, aunque el Proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo la preveía en su artículo 1b), por lo que un aborto posterior, al no estar amparado por una causa de justificación, entraría en concurso real con el delito que nos ocupa.³⁸¹

No obstante, cabría plantear en este caso la posible aplicación de la indicación ético-social por analogía para quien admita la posibilidad de apreciación de eximente por analogía en nuestro Código.³⁸²

En la doctrina se denuncia la imposibilidad de acudir directamente a la vigente indicación ética despenalizadora del aborto en estos casos en tanto que se vulneran derechos fundamentales de la mujer³⁸³ y se destaca la necesidad de abordar la regulación de las técnicas de reproducción asistida junto a la regulación del aborto.³⁸⁴

La actuación sobre la mujer, posibilita varias situaciones concursales, En esta línea, es posible la aparición de un concurso, real o ideal, con el delito de lesiones sobre la mujer como se ha dicho más arriba, dependiendo de que las lesiones se produzcan en el momento anterior a la aplicación de la técnica reproductiva, en las actuaciones preparatorias (concurso real) o en la misma aplicación de la técnica reproductiva (concurso ideal). Pudiendo incluso articularse la fórmula de concurso medial de delitos, cuando las lesiones en la mujer se causan para la aplicación posterior de una técnica de reproducción asistida. En cualquier caso, no puede

³⁸⁰ ROMEO CASANOVA, C. M. *"El Derecho y la Bioética"*, op. cit., pág. 210.

³⁸¹ Véase otras hipótesis de realización de un aborto en los casos de reducción de embarazos múltiples en ROMEO CASANOVA, C. M. *"El Derecho y la Bioética"*, op. cit., pág.212 y ss.

³⁸² CEREZO MIR, J. *"Curso de Derecho Penal español. Parte General I. Introducción"*, op. cit., pág. 173 y ss; MUÑOZ CONDE, F. *"Derecho Penal, Parte Especial"*, op. cit., pág. 151: Aunque no se recoja expresamente entre los supuestos de indicación del aborto, bien por su analogía con el aborto por indicación ética, bien porque se considere que existe una indicación terapéutica, bien por la vía del estado de necesidad como causa de justificación genérica, creo que el aborto en estos casos, con consentimiento de la mujer que haya quedado embarazada a consecuencia de una de estas prácticas realizadas en contra de su voluntad, es perfectamente lícito".

³⁸³ Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. *"Reproducción asistida humana no consentida."* en Carlos María Romero Casanova(Ed): *"Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal español de 1995"*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Bilbao-Granada, 2001, pág. 871.

³⁸⁴ DE LA CUESTA AGUADO, P. *"Reproducción asistida humana no consentida"*, op. cit., pág. 139.

considerarse lesión aquel menoscabo en la integridad de la mujer ocasionado como “consecuencia inevitable” de la ejecución de la técnica de reproducción asistida.³⁸⁵

Igualmente es posible plantear la posibilidad del concurso ideal con el delito de homicidio, pudiendo ocurrir la muerte de la mujer a la que se le estaba aplicando la técnica de la reproducción asistida, sin su consentimiento. Si la mujer como fruto de la aplicación de la técnica, la solución vendrá dada por un concurso ideal de delitos entre un delito de “reproducción asistida no consentida” consumado en grado de tentativa³⁸⁶, dependiendo de que el proceso de FIVTE (Fecundación in vitro y transferencia embrionaria), de la TIG (Transferencia intratubárica de gametos) o de la IA (Inseminación artificial), sólo haya comenzado o haya finalizado³⁸⁷, con un delito de homicidio imprudente. La voluntad de dar muerte a la mujer, con la técnica de reproducción asistida, aún doloso eventual, consumiría la idea de concurso, constituyendo la aplicación de la técnica de reproducción asistida no consentida la forma anecdótica de llevar a cabo la muerte de la mujer.

También cabe plantearse la posibilidad de aplicar a la mujer alguna de las técnicas de reproducción asistida con gametos o preembriones que pueden ser portadores de alguna enfermedad transmisible a la mujer. En este caso, dependiendo de la enfermedad en cuestión, sí cabría el concurso ideal entre el delito de “Reproducción asistida no consentida” y el delito de “lesiones” o, en su caso, “homicidio”.³⁸⁸

Por otra parte también es posible la aparición de un concurso real o medial con alguno de los tipos de detenciones ilegales, cuando se “encierra o detiene” a la mujer “privándole de su libertad”.³⁸⁹

³⁸⁵ Razonamiento que emplea CARMONA SALGADO, C. para las lesiones ocasionadas en la modalidad de violación mediando fuerza del antiguo artículo 429 del Código Penal derogado, citando a OTRS BERENGUER, E. y a BAJO FERNÁNDEZ, M, así como la STS de 25 de septiembre de 1958, en *Manual de derecho penal: (parte especial)*. Revista de Derecho Privado, 1992 Dir. COBO DEL ROSAL, M, pág. 267 y 268.

³⁸⁶ Al ser un delito de mera actividad, que se consuma con la aplicación de la técnica de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer, las posibilidades de aparición del delito son la tentativa inacabada o la consumación del delito.

³⁸⁷ Con independencia de que la gestación haya comenzado o no.

³⁸⁸ Imaginemos el hipotético caso de que la enfermedad que se transmite a la mujer es SIDA.

³⁸⁹ Artículo 163 (si es particular) o 167 (funcionario público o autoridad) del Código Penal de 1995.

En relación con lo anterior, las situaciones concursales también podrían aparecer con algunos de los delitos de manipulación genética o de clonación u selección de la raza de los artículos 159 y 161 del Código Penal.

Si tras la práctica de la técnica de reproducción asistida no consentida se consigue el inicio de la gestación, las intervenciones sobre el embrión implantado, podrían dar lugar a un concurso de delitos real (hipotéticamente también cabría la posibilidad del concurso medial) entre el delito que analizamos y el de aborto si se interrumpe la misma o el de lesiones al feto si posteriormente a la organogénesis se altera la integridad del mismo (ahora bien, en este último caso sólo concurso real, pues entre la aplicación de la técnica reproductiva no consentida y la conducta de lesiones al feto deberán pasar como mínimo entre 12 y 14 semanas).

Más anecdótico, pero teóricamente posible, se presenta la posibilidad de aparecer un concurso real de delitos entre un delito contra la libertad sexual y otro de “reproducción asistida no consentida”. Así, cuando un hombre tiene acceso carnal con una mujer por vía oral, vaginal o anal, o sin tener acceso carnal, agrede sexualmente a la mujer, hasta el momento de la eyaculación, instante en el que recoge el semen y lo utiliza para inseminarla.³⁹⁰

En el ejemplo expuesto, existen dos actuaciones tipificadas por separado: una primera, atenta contra la libertad sexual; la segunda, atenta contra la libertad de someterse a una técnica de reproducción asistida.

³⁹⁰ En el caso de un especialista en la medicina de la reproducción asistida podría articular una FIVTE o una TIG.

CAPITULO SÉPTIMO

PRESENTE Y FUTURO CERCANO EN LA REGULACIÓN POSITIVA DEL ABORTO

1. DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL CONCEBIDO Y DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2013.

¿Disponemos libremente de nuestros cuerpos o nos lo limita la ley? ¿Todos los cuerpos tienen el mismo trato jurídico? ¿De dónde o como se ha construido nuestra actual realidad, la de normar sobre el cuerpo de una ciudadana? Plantear y responder estas tres preguntas esenciales servirá de camino introductorio al tema que nos ocupa.

Para responder a las mismas es necesario, de manera inicial, relacionar dos circunstancias, en principio, inconexas. La primera de ellas viene de la definición que en el siglo XVI hacía Jean Bodin del ciudadano: *aquel sujeto que tiene soberanía sobre sí mismo, entendiendo soberanía como poder*.³⁹¹ La segunda, de la propuesta que hizo el Ministro de Justicia español Alberto Ruiz-Gallardón de derogar Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y

³⁹¹ BODIN lo define así en el Capítulo VI del primero de sus seis libros de la república, publicado en 1583 (del Ciudadano, y la diferencia entre sujeto, ciudadano, extranjero, pueblo, ciudad y Republica), tras decir que el jefe de familia podía usar su derecho de soberanía sobre sus integrantes, sin temer a nada más que a la espada, después de Dios, y cuando ese padre de familia se relaciona con otros se convierte en ciudadano. ; Puede leerse en <http://classiques.uqac.ca/classiques/> La misma idea será repetida por Kant, por ejemplo, cuando entiende que la dignidad humana está asociada a un ser racional que no obedece a otra ley que a la que se da a sí mismo, convirtiéndose así en sujeto y no en objeto de la legislación, en KANT, I." *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*". Espasa-Calpe. Madrid, 1995, pág 112 y ss.

de la interrupción voluntaria del embarazo, a través del Anteproyecto de *Ley Orgánica de Protección de la Vida del Concebido y de los derechos de la Mujer Embarazada*³⁹².

Si se parte de la concisa pero clara idea de Michel Foucault que afirma que *la verdad tiene una historia*³⁹³, se ve que no existe un sujeto de conocimiento aislado de las prácticas sociales que lo crean. Por ello, para concebir los derechos reproductivos y, sobre todo, los derechos sexuales de una manera positiva hay que desmontar el discurso de la verdad absoluta.

El reconocimiento de la existencia de derechos sexuales implica el reconocimiento del cuerpo de las personas, no solo como medio reproductor, sino como elemento necesario para una vida plena, digna y libre, tanto en el espacio público como en el privado y el reconocimiento de la existencia de derechos reproductivos implica el control de la fecundidad.

Los derechos sexuales suponen la libertad de elección de cada persona sobre el ejercicio y desarrollo de su sexualidad, y los derechos reproductivos entrañan la libertad de toda persona para decidir y regular su fecundidad, sin que esas decisiones impliquen riesgos para su salud física o mental.³⁹⁴

³⁹² Vid. ASTOLA MADARIAGA, J. "De la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo al anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada: buscando los porqués últimos de la supresión de derechos fundamentales". Revista Vasca de Administración Pública (RVAP) núm. especial 99-100. Mayo-Diciembre 2014. ISSN: 0211-9560 págs. 465-492.

³⁹³ Cfr. FOUCAULT, M. "La verdad y las formas jurídicas", texto que reúne cinco conferencias pronunciadas por Michel Foucault en Rio de Janeiro, entre los días 21 y 25 de mayo de 1973, asequible en http://www.posgrado.unam.mx/arquitectura/aspirantes/La_verdad.pdf, pág. 3: "El mismo sujeto de conocimiento posee una historia, la relación del sujeto con el objeto; o, más claramente, la verdad misma tiene una historia".

³⁹⁴ Su existencia afecta a los contenidos de derechos preexistentes: 1) el derecho a la vida, entendido en un contexto de salud y dignidad humana y a la integridad personal, esa garantía que tienen las personas de que no se les cause ningún daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico o un perjuicio a su cuerpo o a su salud; 2) el libre desarrollo de la personalidad, cada persona debe poder decidir: si quiere tener relaciones sexuales o no, cuando, con quien y como; su preferencia sexual; su estado civil; el comienzo y el final de sus relaciones; ser madre o padre; qué tipo de relación quiere conformar, cuando y cuantas hijas e hijos quiere tener o no tener; si utiliza o no métodos anticonceptivos y cuales; 3) el derecho a la educación y a la información, intrínsecamente necesarios para hacer efectivos los anteriores, si las personas desde temprana edad no acceden a una información adecuada sobre cómo funciona su cuerpo, sobre las diferentes expresiones de su sexualidad, sobre los métodos de regulación de la fecundidad, las enfermedades y riesgos relacionados con su salud, en general sobre todos los aspectos relacionados con la sexualidad y reproducción humanas, no podrán hacer efectivos los anteriores derechos, porque la educación y la información son el fundamento de la autonomía y la responsabilidad individuales; 4) el derecho a la intimidad, las decisiones y las preferencias de cada mujer y de cada hombre en el ámbito de la sexualidad y de la reproducción, así como las forma como cada persona ejerce sus derechos, pertenecen a su vida privada y como tal debe ser respetada; 5) el derecho a la salud entendida como el bienestar físico, psíquico y social de las personas. Si el contenido de los derechos mencionados cambia se podrán hacer efectivos los dos siguientes: la libertad de conciencia y la igualdad. La libertad de conciencia es esa facultad con la que cuentan todas las personas de pensar, opinar y desarrollar su vida (incluyendo por supuesto su sexualidad y reproducción) en base a sus propios valores y creencias, y a que cualquier autoridad se abstenga de obligarla a actuar contra sus juicios

El ordenamiento jurídico español asumió específicamente la existencia de derechos sexuales y de derechos reproductivos con la **Ley Orgánica 2/2010**³⁹⁵ que, finalmente, convierte en norma las recomendaciones internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el ámbito de la Unión Europea, el 6 de junio de 2002 se había presentado ante el Pleno del Parlamento Europeo la **Resolución 2001/2128 (INI) sobre salud sexual y reproductiva**³⁹⁶, donde, entre otras cosas, se proponía un fundamento jurídico más sólido para la salud, tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en el Tratado CE.

Asimismo, la interrupción voluntaria del embarazo había sido tratada en la **Resolución del Parlamento Europeo 2001/2128**³⁹⁷. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, en su sentencia del 20 de marzo de 2007, asunto Tysiac contra Polonia, nº 5410/03, había afirmado que «en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada» y que «una vez que el legislador decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo».

La Asamblea Parlamentaria del **Consejo de Europa, en su Resolución 1607/2008**, de 16 abril, reafirmó el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última

morales. Esto significa que el ejercicio de la sexualidad y de la reproducción no puede estar condicionado por orientaciones o ideologías políticas, religiosas, culturales o filosóficas, que no sean libremente compartidas por las personas. Por ejemplo, el uso o no de métodos anticonceptivos o el número de hijas e hijos que una persona quiera tener, no deben estar sometidas a una doctrina o pensamiento con el cual no esté de acuerdo de manera libre la persona implicada. Y la igualdad es el derecho de toda persona a ser tratada de la misma manera, a tener los mismos derechos, beneficios y posibilidades que las otras personas, sin importar su sexo, orientación sexual, edad, etnia, nivel económico o social o cualquier otra condición. La igualdad implica el respeto por la diferencia y el derecho a la no discriminación.

³⁹⁵ Interesante el trabajo de LORENZO, RODRIGUEZ-ARMAS, M.: *“Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: trabajos parlamentarios”*, en Cuadernos Bartolomé, núm. 48, 2011 Editado por Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolome de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid 2011, pág. 68 y ss.

³⁹⁶ Publicada en el *DOUE* el 12 de noviembre de 2003, C 271 E, pp. 369-374.

³⁹⁷ Recomienda que, para proteger la salud de las mujeres, se legalice el aborto, para hacerlo más accesible a todos y eliminar así los riesgos de las prácticas ilegales; 10. Hace un llamamiento a los gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos para que se abstengan de procesar a mujeres a quienes les hayan practicado un aborto.

de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada y, en consecuencia, invito a los Estados miembros a despenalizar el aborto dentro de unos plazos de gestación razonable.³⁹⁸

De este modo, la LO 2/2010 reconoce en su artículo 3.1 que todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva, en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, así como el derecho a la maternidad libremente decidida (art. 3.2). Y para hacer efectivos estos derechos se prevén medidas en el ámbito sanitario (arts. 7 y 8) y en el ámbito educativo (arts. 9 y 10)³⁹⁹. Y tras ello la LO se ocupa de la interrupción voluntaria del embarazo: En España, en el plazo de 14 semanas se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, con un plazo de reflexión de al menos tres días (art. 14), en las condiciones que se determinan en la Ley Orgánica 2/2010 (lo que la STC 53/1985 denomino «autodeterminación consciente»). Y esas condiciones se interpretaran en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de las mujeres que soliciten la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación (art.12).

La situación jurídica establecida por la LO 2/2010 fue puesta en entredicho hace casi dos años, el 20 de diciembre de 2013, cuando el Consejo de Ministros aprobó la presentación de un **anteproyecto de Ley Orgánica**, cuya pretensión era la mencionada Ley, es decir, los derechos sexuales y reproductivos, entre ellos, el derecho a la maternidad libremente decidida.

³⁹⁸ 7. La Asamblea invita a los Estados miembros del Consejo de Europa: 7.1. a despenalizar el aborto en los plazos de gestación razonables si aún no es así; 7.2. a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres al acceso a un aborto sin riesgo y legal; 7.3. a respetar la autonomía de elección de las mujeres y a ofrecer las condiciones de una elección libre e informada, sin promover especialmente el recurso al aborto; 7.4. a suprimir las restricciones que obstaculizan, de hecho o de derecho, el acceso a un aborto sin riesgo, y, en particular, a adoptar las medidas necesarias para crear las condiciones sanitarias, médicas y psicológicas convenientes y garantizar una asunción financiera adecuada; 7.5. a adoptar, en cuanto a los derechos y la salud sexual y reproductiva, las políticas y estrategias convenientes basadas en hechos, para garantizar una continua mejora y extensión de una educación e información sobre sexualidad y relaciones interpersonales, no contaminada por los prejuicios personales, y de los servicios de contracepción gracias a un aumento de las inversiones basados en unos presupuestos nacionales destinados a mejorar los regímenes de salud, los suministros para la salud reproductiva y la información; 7.6. a garantizar el acceso de las mujeres y hombres a los métodos anticonceptivos —y a información sobre contracepción— adecuados, de bajo coste y dando la posibilidad de elegir a los interesados e interesadas; 7.7. a instituir una educación sexual y afectiva obligatoria para los jóvenes, adaptada a su edad y a su sexo (entre otros, en la escuela), con el fin de evitar los embarazos no deseados (y, por tanto, los abortos); 7.8. a promover una actitud más favorable a la familia en las campanas publicas de información y a proporcionar asesoramiento y apoyo práctico para ayudar a aquellas mujeres que soliciten un aborto debido a presiones familiares o financieras.

³⁹⁹ “El sistema educativo contemplara la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores” dice el art. 9.

La preferencia del embrión o del feto sobre el derecho de las mujeres a decidir libremente su maternidad quedaba explicitada en el título y explicada en la Exposición de Motivos.⁴⁰⁰ Siendo su base es la STC 53/1985, que contó con seis votos particulares, sobre la que ya se ha hablado anteriormente, aunque es conveniente llegados a este punto, recordar alguno de sus aspectos. En esta sentencia, el TC creó un nuevo valor superior del ordenamiento jurídico-constitucional, *la vida humana*, interpretación que fue criticada en los votos particulares del magistrado Francisco Tomas y Valiente⁴⁰¹ y del magistrado Francisco Rubio Llorente.⁴⁰²

Precisamente ese valor superior creado por el TC, es el que retoma el ministro Ruiz Gallardón, 30 años más tarde a la interposición de aquel recurso, para presentar su anteproyecto de ley orgánica, penalizando el derecho fundamental de las mujeres a decidir su maternidad (el anteproyecto preveía que sería el personal médico el que tomara la decisión).

Esta pretendida reforma, al igual que pasa con la mayoría de las normas que afectan a la esencia del ser humano como tal, nos hace reflexionar ante el hecho de si las mayorías

⁴⁰⁰ La Constitución Española, en su artículo 15, establece que “todos tienen derecho a la vida”. Dicho derecho, en el mismo sentido que lo recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental, esencial y troncal, sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 de la Constitución como núcleo de otra serie de derechos inviolables “que le son inherentes”. Tomando como fundamento estas disposiciones, el Tribunal Constitucional ha afirmado con rotundidad que la vida del concebido y no nacido —nasciturus—, en cuanto que encarna un valor fundamental garantizado en el artículo 15 de la Constitución Española —la vida humana—, constituye un bien jurídico protegido por la Constitución, que conlleva para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado su carácter de valor fundamental, incluya también, como última garantía, normas penales”.

⁴⁰¹ “4. (...) no encuentro fundamento jurídico-constitucional, único pertinente, para afirmar como se hace, que la vida humana “es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (fundamento jurídico 3) o “un valor fundamental” (fundamento jurídico 5) o “un valor central” (fundamento jurídico 9). Que el concepto de persona es el soporte y el *prius* lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su art. 1.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político: Esos y solo esos. Frente a tan abstractas consideraciones sobre la vida como valor, llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: La libertad. De ahí, de esa omisión, que no olvido, deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada”.

⁴⁰² “El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos “encarnan”, para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aun, al propio poder constituyente”.

parlamentarias pueden disponer o no de los derechos fundamentales de las mujeres⁴⁰³, ya que a mi parecer, en nuestro sistema jurídico-constitucional todavía no ha hecho realidad la igualdad de mujeres y hombres en todos los aspectos que atañen a la dignidad humana.⁴⁰⁴

El anteproyecto además excluía a las mujeres embarazadas de un deber inexcusable para todo ciudadano: el de cumplir las leyes, cuando prevé que «en ningún caso será punible la conducta de la mujer embarazada⁴⁰⁵». La propuesta de este anteproyecto se criticó especialmente por el hecho de que venía a confirmar que las mujeres seguían sin ser dueñas de sus cuerpos. En el siguiente punto se analiza este anteproyecto más detenidamente pues es el ejemplo claro de otra de las posibles direcciones legislativas que el tema del aborto podría tomar.

2. ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL CONCEBIDO Y DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA de 20 de Diciembre de 2013. DESARROLLO DE LA PRETENDIDA REFORMA A LA LEY DEL ABORTO

Recordamos que el *Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de los Derechos del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada*, fue aprobado el 20 de diciembre de 2013 por el Consejo de Ministros del Reino de España⁴⁰⁶ Como es obvio en normas de esta

⁴⁰³ Vid. SARMENTO, D. "Direitos Fundamentais e Relações Privadas". Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2004, pág.190, nos recuerda que existen dimensiones de la autonomía privada de la persona humana tan relevantes para su dignidad, que se hace necesario protegerlas incluso hasta del poder legislativo, representante de la voluntad de las mayorías.

⁴⁰⁴ Un ejemplo de cómo entiende el partido en el gobierno los conceptos aquí analizados es el Voto Particular del Grupo Parlamentario Popular al Informe de la Subcomisión sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo de 16 de febrero de 2009, citado por LAURENZO COPELLO, P.: "Aborto y derecho a la sexualidad: un nuevo marco para el viejo debate" en El Cronista del Estado Socialy Democrático de Derecho, núm. 7, 2009, pág. 28, pie de pág. 2, que vinculo el aborto con la violencia de género, cosa que no deja de ser cierta, pero no por las razones que esgrime el grupo popular "en caso de problemas el hombre se desentiende de la paternidad y coacciona a la mujer para que se libre del fruto del embarazo", un entorno jurídico permisivo, "aliado a un entorno social muy machista, que considera el embarazo una cosa de la mujer en muchas ocasiones". La lectura perversa hecha por el partido en el gobierno, que en el mismo voto entiende que "la mujer es madre desde que concibe" olvida que la violencia de género empieza con un tipo de relaciones sexuales no queridas por esa mujer, continua con el trato que el grupo popular da a esa mujer, imaginándola como inferior y, por tanto objeto de coacción de un hombre. Pero la violencia mayor o la mayor perversidad es la de apropiarse del cuerpo de la mujer embarazada y normar su decisión, considerando machismo su derecho fundamental a decidir sobre su embarazo.

⁴⁰⁵ Dejando a un lado los resortes jurídicos existentes para soslayar dicho mandato, es importante ver la cosificación que supone: convierte a las embarazadas en personas totalmente irresponsables, y esta vez sin dictámenes médicos que así lo atestigüen.

⁴⁰⁶ Ministerio de Justicia, *Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de los Derechos del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada*, Madrid, España, 2013, en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292426890214>.

trascendencia y calado social, el texto generó inmediatamente una amplia reacción política⁴⁰⁷ y social muy crítica con su articulado, como ya se ha apuntado, incluso por parte de algunos elementos del partido en el poder⁴⁰⁸. Durante meses, el anteproyecto estuvo en una especie de limbo jurídico hasta su definitiva retirada en septiembre de 2014, aunque se mantuvo la intención de revisar el derecho que tenían las menores de edad de entre 16 y 18 años de interrumpir un embarazo no deseado sin consentimiento parental; aspecto que se materializó en una proposición de ley orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Popular el 18 de febrero de 2015.

De una lectura del anteproyecto de Ley Orgánica se deduce cómo, la aprobación del mencionado Anteproyecto, modificaría fundamentalmente la Ley Socialista de 2010 en cuanto a la interpretación del aborto.

La nueva norma pone su principal atención en el no nacido, en palabras de Gallardón: *Lo que no podemos es hacer depender la vida del “nasciturus” de la voluntad de la mujer. Ese concebido es un bien jurídico que debemos proteger. Pero no es un bien jurídico absoluto” porque pueden entrar en conflicto con los de la madre. Lo que no pueden hacer los poderes públicos es ignorar el conflicto.*

Se restringirían de este modo los casos en los que la mujer podrá abortar, volviendo a un sistema de supuestos en lugar del actual de plazos. La regulación solo preveía dos supuestos para el aborto: el riesgo para la salud de la madre y casos en los que el embarazo fuera consecuencia de una violación. Ni la discapacidad o patología muy grave en el feto sería causa de aborto. A menos que esa situación significara un riesgo para la madre.

⁴⁰⁷ Vid. web del diario *El Economista* de ese mismo día 20 de diciembre: <http://ecodiario.eleconomista.es/interstitial/volver/acimar/politica/noticias/5412274/12/13/La-reforma-dela-Ley-del-aborto-incendia-Twitter.html>, (Consultado el 5 de Febrero de 2015). Asimismo, la oposición política al gobierno ha sido beligerante en contra del anteproyecto. Vid., por ejemplo, diario *El País* en ocasión del Debate sobre el estado de la Nación celebrado en febrero de 2014: http://politica.elpais.com/politica/2014/02/25/actualidad/1393347967_856642.html (Consultado el 16 de marzo de 2014).

⁴⁰⁸ Entre los más declaradamente contrarios al anteproyecto, la vicepresidenta del Congreso de los Diputados, Celia Villalobos, y el presidente de la Comunidad Autónoma de Extremadura, José Antonio Monago. Vid. diario *El Huffington Post*, de 8 de enero de 2014: http://www.huffingtonpost.es/2014/01/08/rajoy-pp-villalobos_n_4560361.html. (Consultado el 15 de marzo de 2014).

Otro de los cambios que se introduciría sería en la figura de la objeción de conciencia: autorizando a los médicos de la sanidad pública a negarse por razones ideológicas a practicar un aborto.

No vamos a analizar de manera profusa el contenido de la pretendida reforma, ya que nunca llegó a ver la luz. Vamos a limitarnos a resumir los cambios que se hubiesen producido de haberse hecho efectivo el proyecto de ley:

En primer lugar, en cuanto a los **plazos**, hasta ese momento las mujeres podían abortar sin alegar ninguna razón en las primeras 14 semanas de gestación. Esta Ley de plazos se eliminaría. Se volvería a los supuestos de la ley de 1985. Las mujeres ya no tendrían derecho a abortar sino que tendrían que justificar que los intereses del no nacido entran en conflicto con los propios.

En segundo lugar, con respecto a las **menores de 16 y 17 años**, con la ley de 2010 las menores de 16 y 17 años tienen que informar a sus padres, a menos que aleguen causas especiales para no hacerlo. Por ejemplo, mala relación con sus progenitores o que éstos pudieran obligarlas a no abortar. Esta posibilidad ya no existiría. Los padres tendrían la obligación de acompañarlas y la potestad de decidir sobre ellas.

En lo referente a los **supuestos**, serían los mismo que en la ley anterior: violación, riesgo para la salud física o psíquica de la madre (hasta la semana 22) pero se eliminaría el supuesto de las anomalías fetales como tal.

Por lo que se refiere a **enfermedades del feto**, con la legislación de 2010 un embarazo de más de 22 semanas solo puede interrumpirse si existen "anomalías fetales incompatibles con la vida" y para ello debe constar el diagnóstico en un dictamen emitido con anterioridad por un médico especialista que no sea el que practique la intervención. También se autoriza el aborto cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable, que debe ser confirmado por un comité clínico.

El anteproyecto eliminaba el supuesto de enfermedad del feto y quedaría supeditado a los efectos que esa dolencia generara en su madre. Habría que garantizar que la mujer sufrirá un daño "no irreversible pero sí importante y duradero" en su salud física o psíquica. Para ello se pediría un informe motivado por dos médicos especialistas que no pueden ni siquiera trabajar

en el centro en el que se practique el aborto. "No supone desconfianza para la mujer sino garantía para ella", señaló el ministro. En los casos de un aborto de urgencia no haría falta este informe.

En el caso de enfermedades incompatibles con la vida el requisito sería doble: un informe médico que confirme los riesgos para la madre y otro que pruebe la patología del feto de acuerdo con el Comité de Bioética de España.

El aborto o parto inducido sería válido hasta la semana 22. A partir de ese momento las mujeres no podrían ser sometidas a un aborto. En el caso de un acreditado riesgo para la vida de la madre, se practicaría un parto inducido, ya que, según argumentó el ministro, la OMS señala que a las 22 semanas un feto podría vivir fuera del cuerpo de la madre.

También afectaría a los procesos de información, se ofrecería a las mujeres información y asesoramiento sobre sus derechos y las ayudas de las que pueda disponer. Se trataría de información clínica personal y personalizada, que se brindaría de forma verbal (no sólo por escrito) y tendría en cuenta el grado de madurez y la edad de la mujer. Este servicio estaría a cargo de profesionales del sistema público y estaría orientado a ofrecer a las embarazadas alternativas al aborto. Después de recibir esta información la mujer se vería obligada a un periodo de reflexión de siete días, cuatro más de los que se establecía antes.

En cuanto a publicidad de las clínicas que practican abortos, se prohibiría cualquier anuncio de centros médicos que ofreciera la posibilidad de interrumpir el embarazo a las mujeres.

Interesante es la opinión que, sobre el tema, la Dra. MARÍA Casado González, plasmó en su artículo *Contra la llamada propuesta Gallardón*⁴⁰⁹. Dado la claridad de la exposición voy a incluir alguno de los puntos analizados en el artículo.

Las discusiones filosóficas sobre el aborto giran en torno a multitud de cuestiones, como la santidad de la vida y en qué consiste decir que una vida es sagrada. La respuesta a la pregunta, que suele convertirse en central para el debate, de cuándo empieza la vida humana es

⁴⁰⁹ Un análisis completo del mismo en CASADO, M^a: *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 32, septiembre 2014, págs. 4 a 19.

filosófica, biológica, jurídica y también una construcción cultural. Conviene plantearse pues si existe una correspondencia entre el estatus moral y el legal. Y si el Estado debe regular su práctica, aún en el caso de que se considerase el aborto un mal, pues razones de política legislativa aconsejan la evitación de males mayores. Los derechos no son absolutos y la atribución de derechos al feto anularía los de la mujer embarazada; por ello la doctrina del Tribunal Constitucional español establece que el feto es un bien jurídicamente protegido, pero que no tiene derechos: los derechos fundamentales de la persona no se adquieren hasta el nacimiento.

La regulación del aborto puede efectuarse mediante una ley que recoja indicaciones de supuestos de hecho en que la conducta queda despenalizada, mediante una ley que fije unos plazos para la intervención y mediante un sistema mixto en el cual se atienda al sistema de plazos durante las primeras semanas de gestación y a partir de ahí entren en juego las indicaciones y la prohibición. En la adopción de una u otra técnica subyacen valoraciones distintas del conflicto entre los derechos *reales* de la mujer y los *potenciales* derechos del embrión o del feto.

Entre el choque de absolutos que se produce al otorgar derechos dominantes al feto sobre los de la mujer, prohibiendo el aborto en cualquier circunstancia, o al atribuir derechos absolutos de libre decisión de la mujer sobre su propio cuerpo, en cualquier momento, existe una posición gradualista y llena de razonabilidad. En el principio del embarazo, se entiende que prima la decisión de la mujer sobre la potencialidad de una vida en fase embrionaria y, estableciendo plazos, se deja en manos de la persona sujeto de derechos –la mujer– la decisión, respetando su autonomía sin necesidad de controles de terceros, médicos o psicólogos. A partir de ahí, se considera que mientras mayor viabilidad adquiera el feto mayores medidas de protección se requieren; por ello se utilizan las indicaciones como criterio en las siguientes fases, que se suelen ir reduciendo conforme avanza la gestación, el peligro para la vida y la salud de la madre y las malformaciones del feto.

El sistema de plazos es el único que no traslada la decisión a un tercero y, por ello, es el que en mayor medida toma en consideración el ejercicio de la libertad de la mujer; libertad que debe no solo respetarse, como sujeto de derechos que ésta es, sino que debe propiciarse sin someterla a procedimientos complicados, llenos de obstáculos, autorizaciones, certificados y

permisos que impliquen vejatorias formas de tutela y sospecha de falta de voluntad y rigor en sus decisiones.

3. EL CONSENTIMIENTO EN LEY ORGÁNICA 11/2015, DE 21 DE SEPTIEMBRE, PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LAS MENORES Y MUJERES CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Sin profundar demasiado en los avatares políticos y legislativos de las reformas llevadas a cabo por el actual gobierno en todo lo referente a la figura del aborto⁴¹⁰, resulta imprescindible finalizar el presente trabajo con el análisis de una ley cuya aprobación coincide prácticamente con la fecha de entrega del estudio que realizo, la **LO 11/2015**, de 21 de Septiembre, *para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de Marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, como ya se ha expuesto a lo largo de la tesis, extendió la capacidad de otorgar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de 16

⁴¹⁰ España ha tenido dos leyes sobre el aborto, aprobadas ambas por gobiernos socialistas. **Hasta 1985 la interrupción voluntaria del embarazo fue siempre delito**. Solo se permitió por un breve espacio de tiempo en Cataluña durante la II República entre 1936 y 1938, en plena guerra civil. A partir de 1985, con la LO 9/1985, se despenalizó en tres supuestos: violación, riesgo para la salud física y psíquica de la madre y malformación el feto. **En 2010 se aprobó la LO 2/2010, le conocida como Ley de plazos, actualmente en vigor**, que permite el aborto libre en las 14 primeras semanas de gestación.

Al estar ambas normas aprobadas por gobiernos socialistas, el mantenimiento de las mismas chocaba con las ideas más conservadoras del partido gobernante, el Partido Popular, así como con sus promesas electorales. De ahí, que en la última legislatura se iniciara un proceso de reforma de la LO 2/2010. En diciembre de 2013 se aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica *para la protección de la vida del concebido y los derechos de la mujer embarazada*, que eliminaba la posibilidad de abortar libremente en las primeras semanas y establecía un sistema de indicaciones más restrictivo que el de 1985 al eliminar las malformaciones como supuesto específico para abortar y exigir dos informes (en vez de uno) para demostrar el daño en la salud psíquica y mental de la madre. Ante la falta de consenso, Rajoy anunció la retirada del Anteproyecto de Ley en septiembre de 2014, lo que provocó la dimisión de su principal defensor, Alberto Ruiz Gallardón, como ministro de Justicia. El Anteproyecto de Ley que acabó retirando el PP eliminaba el aborto libre y **limitaba los supuestos para abortar a dos: violación dentro de las 12 primeras semanas y riesgo para la salud psíquica y física de la madre en las 22 primeras**. Eliminaba el supuesto de la ley de 1985 de malformación del feto y establecía que solo estaría permitido en este caso si había una "anomalía fetal incompatible con la vida" que cause un daño psíquico a la madre. En cuanto al consentimiento, el Anteproyecto establecía que en el caso de las menores de 18 años los padres tendrían que dar su consentimiento y que, si había discrepancias, resolvería un juez.

y 17 años, equiparándolas al régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad, que está establecido en el Código Civil.

Con el fin de superar la singularidad, que para las menores de edad implicó el tratamiento introducido por la Ley Orgánica 2/2010, y que supuso la necesaria modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; se rectifica el régimen de consentimiento de las menores para la interrupción del embarazo, publicándose LO 11/2015, de 21 de Septiembre, de reforma de la Ley del aborto para reforzar la protección de las menores.

Esta reforma⁴¹¹ sólo modifica, suprimiéndolo, el apartado cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, que establecía que, en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les correspondía exclusivamente a ellas, de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad, así como el apartado 4 del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, para que el aborto vuelva a ser una de las tres excepciones en que una persona que ha cumplido 16 años de edad necesita el consentimiento de sus tutores legales, junto a la reproducción asistida y los ensayos clínicos. En caso de que la joven discrepe de sus tutores, tendrá que acudir a un juez para que medie en el conflicto. Mediante la modificación de este último artículo, se establece expresamente la obligación del consentimiento expreso de sus representantes legales para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente.

Muy ilustrativa al respecto es la Exposición de Motivos de la norma, la cual establece que, en aras de la protección del menor y del cumplimiento de los deberes de padres, tutores o representantes legales, se ha de suprimir la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, sin informar a sus progenitores, estableciendo la

⁴¹¹ El 9 de Septiembre de 2015 se concluyó el trámite de esta iniciativa que el Grupo Parlamentario Popular registró en el Congreso después de que el Gobierno retirase la el Anteproyecto para reformar la Ley del Aborto.

obligación de contar, además de con la manifestación de su voluntad, con el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad.

El que las menores de 16 y 17 años se encuentren acompañadas de sus representantes legales, padre y/o madre, personas que ostenten la patria potestad o tutores, según proceda, es fundamental para situaciones de vital importancia e impacto futuro, como es la interrupción voluntaria del embarazo. No se trata únicamente de la protección de la menor, sino que su cuidado comprende el núcleo esencial de todas esas figuras jurídicas; y así lo fija el Código Civil, tanto en el artículo 154, estableciendo que entre los deberes y facultades del ejercicio de la patria potestad está el de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral», como en el artículo 269, que dispone que «el tutor está obligado a velar por el tutelado», y, en particular, «a educar al menor y procurarle una formación integral».

De este modo, para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad será preciso, además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad. Además, se hace una remisión al Código Civil, a fin de solucionar cualquier tipo de conflicto que surja al prestar el consentimiento por los representantes legales o cuando la decisión de estos pueda poner en peligro el interés superior del menor: "los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil."

Asimismo, y como ya se ha dicho, la modificación estudiada afecta a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en lo que se refiere a los límites del consentimiento informado.

Dicha ley, como dice su artículo primero tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica. Y en su artículo dos, donde recoge los principios básicos, establece que "toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de

que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”.

Como puede leerse en su exposición de motivos, la importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia. Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión. En este sentido, es necesario mencionar la trascendencia de la Declaración universal de derechos humanos, del año 1948, que ha sido el punto de referencia obligado para todos los textos constitucionales promulgados posteriormente o, en el ámbito más estrictamente sanitario, la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, promovida el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, aparte de múltiples declaraciones internacionales de mayor o menor alcance e influencia que se han referido a dichas cuestiones. De otra parte, esta Ley, a pesar de que fija básicamente su atención en el establecimiento y ordenación del sistema sanitario desde un punto de vista organizativo, dedica a esta cuestión diversas previsiones, entre las que destaca la voluntad de humanización de los servicios sanitarios. Así mantiene el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual, de un lado, y, del otro, declara que la organización sanitaria debe permitir garantizar la salud como derecho inalienable de la población mediante la estructura del Sistema Nacional de Salud, que debe asegurarse en condiciones de escrupuloso respeto a la intimidad personal y a la libertad individual del usuario, garantizando la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan y sin ningún tipo de discriminación.

Así, según lo visto, uno de los aspectos básicos de esta Ley Orgánica, es, que, pese a que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, extendió la capacidad de otorgar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de 16 y 17 años, equiparándolas al régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad, que está establecido en el Código Civil, rectifica el

régimen de consentimiento de las menores para la interrupción del embarazo, superando la singularidad introducida por la LO 2/2010.

Con ello, también dicha Ley (LA LEY 14465/2015), para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad, modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

El pleno del Senado aprobó el día 10 de septiembre la modificación de la ley del aborto con **145 votos a favor, 89 en contra y cinco abstenciones**. Tres senadores del PP –Ángel Pintado, Gari Durán y José Ignacio Palacios– votaron en contra de la reforma que proponía su grupo, al considerar insuficientes los cambios. Y una cuarta, Ana Torme, emitió su voto en blanco⁴¹².

Con la publicación y entrada en vigor de la reforma se pone **punto y final** a un proceso que ha generado divisiones en el seno del PP y la dimisión del exministro de Justicia Alberto Ruiz-Gallardón, al ver cómo el Gobierno de Mariano Rajoy retiraba el proyecto que había preparado.⁴¹³

3.1 TOMA DE POSTURA

Vistos los cambios legislativos y de regulación de la ley del aborto, y en cuanto a cómo sería la misma en un futuro, cabe decir que es muy complejo saber hacia dónde va a tender o cuáles van a ser sus líneas fundamentales de regulación, por los motivos indicados.

⁴¹² Vid. <http://www.elmundo.es/espana/2015/09/09/55ef8c9146163f56368b45a7.html> (Consultado el 13 de septiembre de 2015) dónde se recoge que el Gobierno y el PP culminaron el (pasado) 8 de septiembre de 2015 una de las grandes rectificaciones de la legislatura con una mínima rebelión interna. Finalmente, el Grupo Popular en el Senado consiguió que muy pocos senadores votaran en contra de la reforma de la Ley del Aborto de Zapatero impulsada por el Ejecutivo de Mariano Rajoy. Después de más de tres horas y media de debate, que comenzó a media tarde y concluyó cuando la noche cayó sobre Madrid, la reforma legislativa contó con 145 votos a favor (141 del PP, 2 de Unió Democràtica de Catalunya, 1 de Convergència Democràtica de Catalunya y 1 del Grupo Mixto), 89 en contra y 5 abstenciones. Gran parte de los diputados y senadores del PP no comparten el giro que el Gobierno ha dado esta legislatura. Pero la mayoría lo han acatado por disciplina o para evitar represalias. Los populares decidieron cambiar sólo un apartado de la ley -la que permite a las menores con problemas de violencia familiar abortar sin informar a sus padres-. Por eso, el Ejecutivo y el Grupo Popular en el Senado trataron de zanjar esa polémica con el menor ruido posible y evitaron aceptar ninguna enmienda para evitar un debate que creen que les hace daño en periodo electoral se reproduzca en el Congreso.

⁴¹³ http://www.elconfidencial.com/espana/2015-09-23/aborto-menores-16-17-anos-consentimiento-paterno_1031406/ (Consultado el 26 de septiembre de 2015). En 2013, el ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, presentó el proyecto de Ley de Protección de la vida del Concebido, la ley del aborto más restrictiva de la democracia. Un año más tarde, Gallardón dimitió después de que el presidente, Mariano Rajoy, le forzara a retirar su duro proyecto.

Estamos, por tanto, ante una ley de la discordia, que ha ido legalizando o penalizando el aborto en función del partido político que en ese momento estuviera gobernando, y que creemos que va a ser difícil que se promulgue una ley al gusto de todos, ya que es una decisión muy personal y que afecta a los principios básicos del individuo.

Lo que sí creo, es que, si el aborto no estuviera legalizado, las mujeres que hayan tomado la decisión de abortar, acudirán a prácticas clandestinas o, en su caso, a países extranjeros donde el aborto sí que esté permitido, o, utilizarán otros métodos que en algunos casos podrán producir infecciones y en muchos de ellos la muerte de las que trataban de parar su embarazo. Sin embargo, también creo que un punto de vista totalmente opuesto donde el aborto estuviera legalizado conllevaría que el mismo se pudiese convertir en un método anticonceptivo para muchas mujeres, lo que viene a complicarse cuando las mismas son menores de edad, y donde además, se corre un mayor riesgo de que recurrieran a la práctica abortiva con el total desconocimiento e ignorancia de los padres, y que en muchos casos podrá conllevar secuelas psíquicas para la menor de edad.

Por lo tanto, la mejor opción, y es hacia donde creo que tiene que tender una futura ley del aborto, es permitir el mismo bajo los tres supuestos de violación, riesgo para la salud de la mujer y malformaciones en el feto que ya contempló en su día la Ley de 1985, ampliando estos casos a las necesidades que imponga la medicina, tales como los derivados de una reproducción asistida no consentida, que como hemos visto en nuestra tesis no existe una indicación expresa que ampare el aborto derivado de la misma, pero en casos de menores de edad, que las mismas no pudiesen interrumpir su embarazo sin un consentimiento paterno y previo dictamen de un médico que acredite que el mismo no va a afectar a su salud física ni psíquica.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El análisis de una realidad tan controvertida como el aborto requiere una aproximación global, completa e integral que no sólo aborde el estudio desde la literalidad y evolución de las normas positivas; sino que tenga en cuenta el resto de factores que influyen y moldean estas normas. Aspectos sociales, éticos, políticos, etc. son indispensables para obtener un conocimiento pleno y certero de la figura del aborto sin dejarse llevar por consideraciones subjetivas. No podemos acercarnos al estudio del aborto únicamente desde la perspectiva fría y exegética las normas; sino que hemos de completarlo creando un contexto completo de todos los factores que participan en la creación de las mismas.

SEGUNDA.- La visión integral que hemos considerado necesaria para el presente estudio se lleva cabo con el enfoque que la teoría tridimensional del derecho nos aporta. Dicha teoría, cuyo creador es Miguel Reale, defiende la inexcusable composición triple de las normas, hechos, normas y valores se unen para dar una explicación lógica y racional del derecho y de su evolución. De ahí que los primeros apartados del presente estudio se centren en el análisis de esta teoría y su repercusión y aplicación en el campo del derecho en general, y el aborto en particular.

TERCERA.- Desde la reflexión filosófica ha de subrayarse el constitutivo personal del ser humano que no es un ser escindido de valores y participación cívica. Se ha de reivindicar una ética de la persona humana integral como base de la ciudadanía, una ética que apele a la heurística de la responsabilidad con las generaciones futuras. La ética, los valores predominantes en una sociedad, vienen completamente condicionados por el panorama histórico y social en el que se generan. No podemos analizar exclusivamente los valores alejándonos de la realidad en la que predominan, pues esta realidad social, y como hemos visto, incluso la realidad jurídica, son las que van a dar sentido al pensamiento ético de los ciudadanos.

CUARTA.- Todo ser humano debe ser protegido antes y después de nacer. Pensamos que la ciencia ha evolucionado lo suficiente como para señalar con una rotunda claridad y autoridad

cuándo comienza una vida y cuándo ha de ser ineludiblemente protegida. Si alguien suprime lo que claramente se considera vida parece razonable pensar que ha eliminado un ser humano. Eso se llama abortar. No obstante, determinar sin género de duda o debate cuándo se produce este momento, es algo que la ciencia no ha logrado aclarar, por lo que los estudios relativos al aborto han de contemplar los diversos enfoques existentes hasta el momento.

QUINTA.-El debate sobre el aborto hasta la fecha y con pocas excepciones, se ha basado sobre datos y conceptos en buena parte difíciles de precisar empíricamente. Las ciencias biológicas y médicas confirman que desde la concepción o muy poco después, la nueva vida es humana, individuo, único y viable en un desarrollo continuo y sin escalas que justificarían distinción en cuanto a su valor o dignidad. Las ciencias jurídicas, a través de pronunciamientos de los Tribunales de derechos humanos, del texto de Convenios de derechos humanos y de fallos de tribunales constitucionales de primera relevancia, reconoce la nueva vida, desde la concepción o muy poco después, como humana, individuo, y persona, desautorizando de esta forma cualquier distinción legal en cuanto al estatus de la vida humana desde la concepción hasta la muerte.

SEXTA.-Urge tomar conciencia de que en la problemática del aborto existen intereses económicos, réditos electorales, posicionamientos filosóficos, diseños sociales... un sin fin de opiniones “versadas” que invaden los medios de comunicación. Dos circunstancias tenemos que tener muy presentes. Hablar del aborto puede parecer una temática contracorriente y restrictiva de supuestos derechos de elección y de género en una sociedad “avanzada”, pero nadie puede negar que es atractivo reivindicar el derecho a la vida.

SEPTIMA.- El eje central de las diversas perspectivas de investigación y reflexión en torno al aborto por parte de la mujer es la cuestión fundamental de la afirmación de la vida. El hecho de pensar sobre el aborto como una realidad que merece su estudio, no como una cuestión asociada a una lucha de un supuesto derecho, sea de la mujer, sea de la sociedad, sea del ejercicio de una ciencia, sino de su realidad en sí, implica que la vida desarrollada en sus circunstancias merece ser pensada y si merece ser pensada merece ser vivida desde la conciencia, de forma humana. La óptica de la afirmación de la vida de la persona humana se impone como el criterio básico de demarcación en el estudio de la mujer y la realidad del aborto.

OCTAVA.- El aborto no solo es materia del derecho a la vida, sino también del derecho a la libertad de decisión y privacidad, por ende no existe contraposición entre estos derechos sino una confluencia legal y moral por especificar a través de sus límites. El derecho a la vida debe regularse en la Constitución dónde también deben especificarse sus límites, entre ellos el más importante que es la muerte. La realidad de nuestra sociedad ha demostrado necesitar que la muerte en todas sus vertientes forme parte de la regulación del derecho a la vida.

NOVENA.- La conflictiva realidad jurídica acerca del aborto exige un debate que se base en datos contrastados, sin excluir la posibilidad de determinar que ciertas vidas en ciertas condiciones no o ya no se considerarán titular del derecho a la vida. Este debate debería concretarse mediante un proceso constituyente. En determinados países, el conflicto tiene una importancia, tal que, antes de poder empezar el debate, requiere una aproximación y educación social y jurídica nueva, que elimine argumentos superados y medias verdades que han sido utilizados durante siglos para esconder o eludir el reconocimiento del hecho de que la muerte puede tener una función moral y social positiva y puede ser una opción a respetar. No es preciso acudir a alegaciones de que el embrión o feto humano no es persona, para justificar darle muerte. A semejanza de argumento: no es preciso acudir a alegaciones de que un ser humano ya no es humano, para su eutanasia.

Puede resultar más fructífero canalizar el debate sobre el aborto hacia la pregunta subyacente: ¿bajo qué condiciones nuestra sociedad quiere y puede aceptar la interrupción voluntaria de un embarazo? En general, ya se distingue entre varias formas y circunstancias, “La ley proviene de castigos muy diferentes para el asesino despiadado y encubierto quien mata por dinero, la persona alterada quien mata durante una disputa familiar, el conductor que causa la muerte de otro por accidente, o el individuo al que el sufrimiento o un trastorno ha vuelto incapaz tanto de eludir el matar como de apreciar la significación del acto. El castigo puede variar desde la muerte a una condena condicional o ninguna (Horan, D.J y Balch, T. J 1994: 101). En relación con el comienzo de una nueva vida o con la terminación de una vida en cualquier estadio o circunstancia, la sociedad debe poder debatir y consensuar en qué circunstancias y de qué forma la muerte, dar muerte, se acepta como complemento necesario y justo de la vida. Los resultados de este debate podrían dar más claridad sobre las vías a seguir para alcanzar un consenso en cuanto al aborto.

DÉCIMA.- En tiempos de interculturalidad y diálogo religioso, las diferencias confesionales en el catolicismo y entre las diversas confesiones religiosas han de ser superadas por los desafíos de nuestro tiempo. Sin duda alguna el derecho a la vida es un pilar fundamental de construcción de diálogo interreligioso. Más allá de cuestiones técnicas hay algo claro: de manera inicial, tanto la antropología religiosa judía, cristiana e islámica rechazan el aborto de un ser humano no nacido.

DECIMOPRIMERA.- Sin duda alguna el estudio de los aspectos jurídicos desde el ámbito de la fundamentación del derecho y de su aplicación a través de sus fuentes nos presenta muchas dudas sobre la validez jurídica del aborto, tanto en el ámbito del legislador, atendiendo a la Constitución Española, como en la de su aplicación y validez procesal. En el ámbito del derecho natural vemos que efectivamente, el derecho positivo se aleja del derecho natural y del superior sentido de lo que es justo y bueno en no pocas ocasiones —no sólo en relación al aborto—, a pesar de que la argumentación que se esgrima pueda resultar técnicamente irreprochable.

DÉCILOSEGUNDA.- No se puede obviar que uno de los elementos antropológicos fundamentales implicados en la realidad del aborto es el psicológico, vinculado a problemas de tipo filosófico y espiritual. Lo que se pierde en el aborto es pues una vida humana personal que nos exige “recuperar al sujeto” y cuya pérdida tendrá repercusiones de gran calado en el sujeto que anula al sujeto. Cabe señalar una serie de secuelas que recibe el nombre de Síndrome post-aborto (SPA) y que debe considerarse un tipo más de Trastorno de estrés postraumático (TPET). Con características propias cursa síntomas como los depresivos y ansiosos; intensos sentimientos de culpa, remordimientos y deseos grandes de reparación; los sueños recurrentes y pesadillas relacionados con el aborto; empeoramiento del estado anímico en los aniversarios y diversas alteraciones conductuales, como trastornos en la esfera sexual, trastornos de la conducta alimentaria, abuso de drogas. Es necesario caer en la cuenta de este síndrome tanto para informar a la mujer en su proceso de toma de decisiones del peligro que corre, como para afrontar con solvencia un trastorno que es específico en su diagnóstico y tratamiento terapéutico. Ante el abandono del sujeto la comunidad de afectividad a través de refuerzos familiares, comunidades o centros se revela vital.

DÉCIMOTERCERA.- Abortar implica, pues, la negación de la vida humana y personal. Negación que afecta a la vida humana en el entramado conjunto de los actores implicados. No se niega la vida del que ha de desarrollarse y completarse en la autonomía a la que está llamado desde su propio ser; también la de la vida realizada: directamente la de la mujer en su ser mujer, pero también la del padre en su paternidad. El ser humano llamado a comunicarse y a ser expresión, llamado a desarrollarse con y en los demás, rompe su capacidad más preciada en la negación de su propia expresión encarnada, negando aquello que somos: negando la vida, la vida personal, la vida personal expresada. La realidad del aborto no es sólo sujeto de reflexión personal sino profundamente social. Los actores no son sólo el sujeto abortado y la persona que aborta sino la propia sociedad, en su realizarse, en su hacerse, en su pensarse, en sus ser cívico, en su configurarse lícita y legalmente, en su constituirse. El contexto familiar se ha desvelado hoy como una urgencia básica en lo que puede ser el diseño ambiental del hombre y la estructura social. La Ecología Humana y Social se orienta actualmente a promover educativamente y mediante la prevención, el bienestar de los individuos, las familias y las comunidades. Reflexionar sobre el aborto y sus implicaciones a personas individuales, familias y sociedad significa a su vez romper una lanza a favor de la construcción de personas felices en entornos familiares y comunitarios adecuados.

DECIMOCUARTA.- Hay que señalar una medida básica en la constitución de todo tejido social y cultural. Una cuestión que afecta a nuestra responsabilidad con las generaciones futuras y donde se manifiesta el estado real de la salud ética de una sociedad: la educación. Se debe perseguir una educación verdaderamente integral que persiga el desarrollo armonioso de la persona en todas sus dimensiones y que no puede reducirse a la mera transmisión de conocimientos, pues ha de referirse también a la verdad del ser humano como norma y horizonte de la vida... En esta tarea es donde se juega el futuro de la humanidad, donde un Estado retrata sus intenciones de ofrecer un cauce de autenticidad, real civismo y promoción del hombre, o de manipulación, reduccionismo humano e ideológico y control efectivo de los medios educativos. Ante las tentaciones reduccionistas y manipuladoras de los conceptos e instituciones se hace necesario subrayar el protagonismo de la familia en el proceso educativo del individuo en su ser autónomo y libre. La educación ha de fomentar el conocimiento, la competencia, el desarrollo personal y comunitario y desde las virtudes del análisis cultural una visión crítica cuya base axiológica es la que se desprende de la construcción personal. Cuando esto queda limitado, torcido, reducido no queda más remedio que protestar, ejercer los

derechos. Fomentar la vida es exigir una educación plural y responsable desde los criterios de democracia y ética basadas en un concepto fuerte de persona, de autenticidad y de expresión. Un concepto fuerte de persona supone un hombre libre, autónomo, ético, espiritual y un buen ciudadano.

DECIMOQUINTA.- El aborto no proviene del producto de una acción de marketing, sino de una realidad que es apabullante en el mundo Occidental y de modo concreto en España: uno de cada seis embarazos en España terminó en aborto legal en 2005, según los datos publicados por el Ministerio de Sanidad. El número de abortos ascendió a 91.664, un 7,8% más que el año anterior. Desde que esta práctica fue despenalizada en 1985, no ha dejado de crecer la tasa de abortos, que ahora se sitúa en 9,6 por cada 1.000 mujeres en edad fértil.

DECIMOSEXTA.- El aborto se plantea en términos sanitarios en varios frentes. La labor médica y la investigación sobre la vida humana en su desarrollo tiene criterios internos propios desde la deontología médica hasta hallazgos en investigación médico-científica con la potencialidad suficiente como para ser profundizados y desarrollados, imponiéndose a las ideologías espurias a su mismo ejercicio. Otro aspecto importante que apremia señalar a partir de los estudios es el que nos lleva a considerar las complicaciones médicas que surgen a raíz del aborto. Es necesario resaltar que el aborto provocado, tanto el quirúrgico como el médico, presentan múltiples complicaciones. Éstas pueden ser tanto inmediatas, producidas durante, o en las 4 semanas siguientes al aborto, como a largo plazo.

DECIMOSEPTIMA.- En virtud tanto del propio ejercicio de una buena práctica médica como de los derechos que fundamentan todo individuo surge la posibilidad práctica y moral de la objeción de conciencia. Consiste en la abstención y/o negación de un individuo a cumplir lo mandado por una norma concreta del ordenamiento jurídico por entender que su cumplimiento es incompatible con el respeto a un determinado valor moral percibido por la propia conciencia. En su propia noción atestigua la existencia de un conflicto entre una doble obediencia: la obediencia a la ley y la obediencia al juicio de la conciencia. Se observa al respecto una intolerancia creciente a la objeción médica en las paradójicamente sociedades tolerantes, pero ello no es obstáculo para su ejercicio. Un análisis moral nos lleva a considerar que el ordenamiento positivo se fundamenta en última instancia en el orden de la naturaleza.

DECIMOCTAVA.- A pesar de que el aborto acaba con la vida humana y debería ser castigado por la ley siendo la decisión de abortar de la mujer y su conciencia, determinados factores como complicaciones médicas, anormalidades en el feto, acontecimientos drásticos como incesto o violación, falta de recursos económicos, embarazo en adolescentes; son razones válidas para que una mujer opte por abortar. Manteniendo el aborto legal, puede asegurarse que situaciones que envuelven crisis o riesgos en la salud de uno u otro como los que acabamos de mencionar, no serán penados, siendo en este caso lo mejor para cada individuo sería llevar el control de su propio cuerpo. Así, principios del siglo XX se empezó a despenalizar el aborto en caso de peligro de la vida de la madre y para proteger su salud. Los países europeos más católicos (Italia, España, Portugal e Irlanda) fueron más recalcitrantes al legalizarlo, mientras que los países escandinavos y anglosajones fueron más sensibles hacia el derecho a decidir de las mujeres.

Además, Si se tiene en cuenta la vigente conformación legal de las prestaciones sanitarias, no es correcta —desde el estricto punto de vista jurídico— la equiparación a éstas del aborto solicitado por la embarazada dentro de las primeras catorce semanas de gestación, al margen de la concurrencia de motivos clínicos. En la IVE por causas médicas sí es posible hablar de «paciente». No, en cambio, cuando nos hallamos ante un aborto por simple petición de la embarazada, pues aquí la salud de la mujer no se halla comprometida, por lo que no puede, razonablemente, demandarse su mantenimiento o recuperación. El problema que surge es cuando el embarazo es consecuencia de haber practicado a una mujer una reproducción asistida sin su consentimiento, ya que las eximentes por analogía no están permitidas en el vigente CP, con lo que debe descartarse la posibilidad de practicar un aborto amparado en una aplicación analógica de la indicación cuando la mujer se ha quedado embarazada como consecuencia del supuesto planteado. Pese a la solución claramente insatisfactoria a la que se llega, debe concluirse que la interrupción del embarazo, cuando éste se ha originado tras el sometimiento de la mujer a un procedimiento de reproducción asistida sin su consentimiento, será punible.

Así las cosas, con la vigencia del art. 417 bis CP, si la mujer que gesta un hijo tras ser sometida a una técnica de reproducción asistida sin su consentimiento, quiere interrumpir el embarazo provocado, tendría dos opciones: la primera de ellas consistiría en alegar un grave riesgo para la salud psíquica de la embarazada, con la necesidad de que un médico distinto al que va a

interrumpirle el embarazo considere que la situación afecta gravemente a su salud psíquica; y, una segunda opción, que consistiría en la espera de ser indultada, tras ser condenada por un aborto consentido. Ambas soluciones son aleatorias e injustas para la mujer que se ha visto compelida a iniciarla gestación de un hijo, dependiendo de circunstancias ajenas a la misma. En un caso, del profesional de la salud que certifica el peligro para la salud psíquica de la mujer; en otro caso, el gobierno, para otorgar el indulto.

La situación vigente, con independencia de otras posibles soluciones político-criminales respecto a la despenalización de determinados supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, afecta claramente a la dignidad de la mujer. La imposibilidad directa de acudir a la vigente indicación criminológica despenalizadora del aborto consentido obliga a considerarla como un simple instrumento necesario para dar vida a un nuevo individuo, y ello rompe con los más mínimos derechos fundamentales de la mujer. Por tanto, consideramos imprescindible la reforma de la indicación criminológica en la interrupción voluntaria del embarazo, con los mismos límites temporales existentes para cuando el origen del embarazo se sitúa en un atentado a la libertad sexual de la mujer. De forma alternativa, el problema también podría quedar resuelto si en la necesaria (y esperada) regulación específica de la interrupción voluntaria del embarazo se optara por el sistema de plazos, teniendo presente las consideraciones hechas más arriba al referirnos al caso alemán, esto es, previendo la posibilidad, por otro lado no inimaginable, de que la mujer que ha sido sometida a una reproducción asistida no consentida, advierta dicha circunstancia transcurrido el plazo permitido para abortar. Otra opción, a nuestro juicio, menos satisfactoria (se entiende, para la resolución de este problema en concreto), para posibilitar la aplicación analógica de la indicación criminológica sería la de introducir en el ordenamiento penal una referencia expresa a la analogía *in bonam partem*, tal y como defiende un sector de la doctrina.

DECIMONOVENA- La Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo contiene previsiones notoriamente alejadas de la doctrina fijada por el TC en materia de derecho a la vida. Singularmente, el sistema de plazos establecido en el Proyecto no es acorde con la Constitución Española.

Supone el abandono por parte del Estado del deber básico de establecer un sistema legal que suponga una protección efectiva del concebido y no nacido.

La interrupción voluntaria del embarazo que se configura en la Ley mencionada no puede calificarse de derecho subjetivo de la mujer ni en el marco internacional ni en la esfera del derecho español.

VIGÉSIMA.- En la Ley 2/2010 se aprecian construcciones normativas de técnica deficiente, incompatibles con la seguridad y la certeza jurídicas. Es reseñable el empleo indiscriminado –falta de precisión– que la Ley citada se hace de los vocablos «derechos» y «libertades», calificándolos en muchos casos de fundamentales, como si se tratase de los que, con este carácter, reconoce nuestra CE. Por ejemplo, el artículo 1 se refiere «a los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva», sin especificar qué derechos fundamentales son estos ni cuál es su contenido.

VIGÉSIMO PRIMERA.- Finalmente, la **LEY ORGÁNICA 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo** en aras de la protección del menor y del cumplimiento de los deberes de padres, tutores o representantes legales, suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, sin informar a sus progenitores, estableciendo la obligación de contar, además de con la manifestación de su voluntad, con el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, extendió la capacidad de otorgar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de 16 y 17 años, equiparándolas al régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad, que está establecido en el Código Civil.

Pues bien, con el fin de superar la singularidad, que para las menores de edad implicó el tratamiento introducido por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción del embarazo, que supuso la necesaria modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se rectifica el régimen de consentimiento de las menores para la interrupción del embarazo, publicándose en el BOE el 22-09-2015, la **LEY ORGÁNICA 11/2015, de 21 de septiembre mencionada**.

El que las menores de 16 y 17 años se encuentren acompañadas de sus representantes legales, padre y/o madre, personas que ostenten la patria potestad o tutores, según proceda, es fundamental para situaciones de vital importancia e impacto futuro, como es la interrupción voluntaria del embarazo. No se trata únicamente de la protección de la menor, sino que su cuidado comprende el núcleo esencial de todas esas figuras jurídicas; y así lo fija el Código Civil, tanto en el artículo 154, estableciendo que entre los deberes y facultades del ejercicio de la patria potestad está el de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral», como en el artículo 269, que dispone que «el tutor está obligado a velar por el tutelado», y, en particular, «a educar al menor y procurarle una formación integral».

Por tanto, la modificación contemplada en la Ley Orgánica 2/2010 impide a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el Código Civil, privando a las menores de la protección que el mismo texto legislativo reconoce, de poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad.

Asimismo, esta modificación afectó a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en lo que se refiere a los límites del consentimiento informado.

Es, por ello, que esta Ley Orgánica suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, sin informar siquiera a sus progenitores. De este modo, para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad será preciso, además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad.

Además, se hace una remisión al Código Civil, a fin de solucionar cualquier tipo de conflicto que surja al prestar el consentimiento por los representantes legales o cuando la decisión de estos pueda poner en peligro el interés superior del menor.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABEL, F.: *“Aspectos ético de la tecnología de la reproducción asistida”*, en Ingeniería genética y reproducción asistida de Barbero Santos, M. (ed.), Madrid, 1989.
2. ÁLVAREZ GARCÍA, J.: *“Introducción a la teoría jurídica del delito”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
3. ALKORTA IDIAKEZ, I.: *“Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva”*, Derecho español y comparado, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
4. ALMOGUERA CARRERES, J.: *“Lecciones de Teoría del Derecho”*, Reus, Madrid, 1995.
5. APARISI MIRALLES, A. Y LÓPEZ GUZMAN, J. Artículo: *“El Derecho a la Objeción de conciencia en el supuesto del Aborto”*, en Revista Persona y Bioética núm. 1, 2006, págs. 35 a 38.
6. APEL, K. O. *“La ética del discurso como ética de la responsabilidad. Una transformación postmetafísica de la ética de Kant en Teoría de la verdad y ética del discurso”*, Paidós, Barcelona, 1991.
7. ARIÑO FERRER, E.: *“El deber de información de la Administración y el derecho de intimidad”*, en Revista Jurídica Española LA LE Y, Tomo 3, 1995.
8. ARISTÓTELES, *“Política”*, S.L.U. Espasa libros, 2006.
9. ASTOLA MADARIAGA, J.: *“R.V.A.P. núm. especial 99-100. Mayo-Diciembre 2014”*, págs. 465 a 492.
10. ATIENZA, M.: *“Introducción al Derecho”*, Barcanova, Barcelona, 1985.

11. ATIENZA, M. y GONZÁLEZ-MENESES, M.: "Debate sobre el proyecto de nueva regulación del aborto", en Revista de Bioética y Derecho, núm. 16, 2009.
12. BACIGALUPO, E.: *"El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física"*, en Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal, Poder Judicial XII.
13. BACIGALUPO, S. y GROPPENGIEßEN, H.: *"La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española"*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 59, 1996.
14. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *"Manual de Derecho Penal, Parte Especial, delitos contra las personas"*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
15. BARRERE UNZUETA, M. A y MORONDO TARAMUNDI, D.: *"Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una Teoría del Derecho antidiscriminatorio"*, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 45, 2011.
16. BARRERIO PÉREZ-PARDO, B.: *"Democracia y conflicto moral: la política del aborto en Italia y España"*, febrero de 1998. Tesis doctoral Universidad Autónoma de Madrid.
17. BARREIRO, J.: *"La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico"*, en Cuadernos de Política criminal, núm 16, 1982.
18. BARRERO ORTEGA, A.: *"La objeción de conciencia judicial (o de cómo lo que no puede ser no puede ser y, además, es imposible)"*, en Revista El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 22, correspondiente a junio de 2011 págs. 28 a 33.
19. BAUDOUIN, J.L.: *"Límites penales de la experimentación genética"* en El Derecho ante el Proyecto genoma Humano, vol. III.
20. BELLO, G. *"La 'ética' de la bioética"*, en Revista Isegoría, núm. 27, Madrid, diciembre de 2002.

21. BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: *"Reproducción asistida humana no consentida. Algunas notas críticas acerca del artículo 162 del Código Penal español"*, en Carlos María Romero Casanova (Ed.): *"Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal español de 1995"*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Bilbao-Granada, 2001.
22. BLANCO CORDERO, I.: *"Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica"*, en Revista Actualidad Penal, núm. 27, 1997.
23. BLASCO GASCO, F.: *"La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación"* en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIV, Fasc. I, 1991.
24. BLASCO, P.L.: *"La Justicia entre la moral y el Derechos"*, Trotta, Madrid, 2013.
25. BOBBIO, N.: *"Teoría General del Derecho"*, Debate, Madrid, 1991.
26. BOLADERAS, M., *"El aborto: ¿es bueno todo lo que es justo?"*. en Blasco, P. L. (ed.), *"La justicia entre la moral y el derecho"*. Trotta, Madrid, 2013.
27. BUENO ARÚS, F.: *"El consentimiento del paciente"* en Derecho médico, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986.
28. CABANILLAS SANCHEZ, A.: *"Comentarios al Código Civil y compilaciones forales"*, en Revista de Derecho Privado, Fundación Barrié, A Coruña, 1979, págs. 769 a 800.
29. CAIANI, L., *"La Filosofía dei Giunsti Italiani"*, Padua, 1955.
30. CARBONEL MATEU, J. C y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *"Derecho Penal, partes especial"*, 7ª edición (con la colaboración de Alfonso SERRANO MAÍLLO), Dykinson, Madrid, 2002.
31. CARBONEL MATEU, J.C.: *"Derecho Penal: concepto y principios constitucionales"*, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

32. CARRACEDO RUBIO, J.: "Algunas precisiones sobre la argumentación a favor y en contra del aborto", en *Revista Internacional de Filosofía*, núm. 10, Universidad de Málaga, 2005, págs. 79 a 98.

33. CARO CORIA, C. y SAN MARTÍN CASTRO, C.: *"Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales"*, Grijley, Lima, 2000.

34. CASADO, M.:
 - *"A propósito del aborto"*, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 12, enero de 2008.
 - *"Contra la llamada propuesta Gallardón para cambiar la regulación del aborto en España"*, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 32, septiembre de 2014.

35. CASAS BARQUERO, E.: *"El consentimiento en el derecho español"*, Córdoba, 1987.

36. CELIS, K., CHILDS S., KANTOLA J. y KROOK M. L.: *"Rethinking women's substantive representation"*, en *Representation*, Vol. 44, núm. 2, 2008.

37. CEREZO MIR, J.: *"Curso de Derecho Penal español. Parte General, I. Introducción"*, Tecnos, Madrid, 1997.

38. COBO DEL ROSA, M.L. y VIVES ANTÓN, T.S.: *"Derecho Penal. Parte General"*, 5.a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

39. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. en Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (dir.): *"Código Penal Comentado"*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004.

40. CORREA CASANOVA, M.: *"Dos versiones rivales sobre la tolerancia"* en *Revista de Filosofía y Teología*, vol. I, núm. 14, Veritas, 2006, págs. 97 a 99.

41. CORTÉS BECHIARELLI, E.: en Manuel Cobo del Rosal (dir.): *"Comentarios al Código Penal"*, Tomo I, EDESA, Madrid, 1999.

42. CUELLO CALÓN, E.: "El aspecto penal de la fecundación artificial", en Tres temas penales, Bosch, Barcelona, 1955.
43. CUERDA ARNAU, M.L. y VIVES ANTÓN, T.: *"El debate acerca de la legalización del aborto"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
44. CUERDA RIEZU, A.: *"Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el proyecto de Código penal de 1992"*, en *"El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano"*, vol. III, FundaciónBBV, Madrid, 1994.
45. DA COSTA LEIVA, M.: *"El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos"*, Revista latinoamericana de bioética vol. 11, núm. 1, Bogotá, enero-junio, 2011, págs. 90 a 101.
46. DE LA CUESTA AGUADO, P.: *"Reproducción asistida humana no consentida"*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
47. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *"Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo código penal español"* en revista Derecho y Genoma Humano, núm. 5, 1996.
48. DELGADO, M.: *"La evolución reciente de la fecundidad y el embarazo en España: la influencia del aborto"*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
49. DEL MORAL GARCÍA, A.: *"La objeción de conciencia en los miembros del Ministerio Fiscal"* (Ponencia presentada al curso "Objeción de conciencia y función pública" a celebrar los días 17 a 19 de mayo de 2006 en el marco del Programa de formación continuada del Consejo General del Poder Judicial).
50. DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.J.: *"Atenuantes por analogía"*, Editorial General del Derecho, Valencia, 1995.
51. DE PINA, R.: *"El juez ante la Ley injusta"*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

52. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *"El principio de legalidad penal"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
53. DÍEZ MORENO, F.: *"El aborto desde la perspectiva constitucional española" (Religión, matrimonio y Derecho ante el SXXI. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls)*. Vol. II, Iustel, 2013.
54. DOMINGO GUTIERREZ, M.: *"La objeción de conciencia al aborto. Evolución jurisprudencial" (Religión, matrimonio y Derecho ante el SXXI. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls)*. Vol. I, Iustel, 2013.
55. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María. *"El delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer"*. Dins: Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani. Dykinson, Madrid, 2005.
56. DWORKIN, Ronald:
 - *"Los Derechos en Serio"*. Barcelona: Ariel. 1989.
 - *"El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual"*, Editorial Ariel, Madrid, 1998.
57. ESER, A.: *"Amenazas a la vida humana en sus comienzos"* en Jornadas sobre la reforma del Código Penal en Alemania. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.
58. FALCON Y TELLA, M.J.:
 - *"Concepto y fundamento de la validez del Derecho"*, Civitas Ediciones, Madrid, 1994.
 - *"Lecciones de Teoría del Derecho"*, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2001.
59. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: En Miguel Bahi Fernández (dir.), *"Compendio de Derecho Penal .Parte especial"*, Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

60. FEITO, L.: "Problemas bioéticos en el inicio de la vida: menores, anticonceptivos y aborto", en Revista Dialnet, 2007, págs. 93-117.
61. FERNANDEZ GALIANO, A. y DE CASTRO CID, B.: *"Lecciones de Teoría del Derecho y de Derecho natural"*, Universitas, Madrid, 1993.
62. FERRAJOLI, L.: *"La cuestión del embrión entre derecho y moral"*, en Revista de Facultad de Derecho de México, núm. 245, 2006.
63. FLORES MENDOZA, F.:
 - *"La objeción de conciencia en derecho Penal"*. Comares, Granada, 2001.
 - *"Algunas reflexiones sobre el error de los terceros en relación con actos de disposición de la propia vida"*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 11, 2003.
64. FOSAR BENLLOCH, E.: *"La interrupción voluntaria del embarazo en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 en relación con el sistema europeo de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Examen de las decisiones de la Comisión europea"*, en Actualidad Civil, 1987, núm. 23, 452, pág. 1409 y ss.
65. FRASER, N.: *"Escalas de la justicia"*, Herder, Barcelona, 2008.
66. GARCÍA CANTERO, G.: *"La Constitución Española: ¿reconoce el derecho a quitar la vida...?" (Religión, matrimonio y Derecho ante el SXXI. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls)*, vol. 2, Iustel, Madrid, 2013.
67. GARCÍA RIVAS, N.: *"El poder punitivo en el Estado democrático"*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
68. GARRIDO GÓMEZ, M.I. y BARRANCO AVILÉS, M.C.: *"Libertad ideológica y objeción de conciencia.: Pluralismo y valores en Derecho y Educación"*, Dykinson, Madrid, 2011.

69. GIL Y GIL, J.L.: *“La objeción de conciencia al aborto de los profesionales sanitarios”*. (Religión, matrimonio y Derecho ante el SXXI. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls), vol. 1, Iustel, Madrid, 2013.
70. GIMBERNAT ORDEIG, E:
 - *“Constitución y aborto”*, en Estudios de Derecho penal, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1981.
 - *“Pena de muerte y aborto”*, en Estudios de Derecho penal, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1981.
 - *“Prólogo a la vigésima edición del Código Penal”*, Tecnos, Madrid, 2014.
71. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.:
 - *“Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”*, Poder Judicial, núm. 28, 1992.
 - *“Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española”*, en Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 3, junio-diciembre, 1995.
72. GÓMEZ PIEDRAHITA, H.: *“Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina de seres humanos”*, Librería del Profesional, Bogotá, 1984.
73. GONZÁLEZ DE CANCINO, E.: *“El nuevo Código penal colombiano y la biotecnología”*, en Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 16, 200).
74. GONZÁLEZ MARSAL, C.:
 - *“Más allá del aborto actual... ¿El infanticidio legal?”* en Revista Medicina y Humanidades, vol. 2, núm. 1, enero-abril, 2010.
 - *“Salud sexual, salud reproductiva y aborto, ¿qué derechos?”*, en Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, vol. 21, núm 2, julio-diciembre, 2010.
75. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A.: *“Consideraciones sobre la normativa reguladora del aborto y la educación afectivo-sexual a partir de la LO 2/2010”*, (Religión, matrimonio y Derecho ante el SXXI. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls), vol. 1, Iustel, Madrid, 2013.
76. GÖSSEL, K. H.: *“La reforma del delito de aborto en Alemania”*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 4, 1978.

77. GOYENA HUERTA, J.: *“Las atenuantes por analogía”*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
78. GRACIA MARTÍN, L.:
- *“El «itercriminis» en el Código penal español de 1995”*, en José Luis Diez Ripollés (dir.): *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
 - *“Comentarios al Código Penal”*, Parte Especial, vol. 1, Valencia, 1997.
79. HARTNACK, J.: *“Breve Historia de la Filosofía”*, Cátedra, Madrid, 2005.
80. HERNANDEZ MARIN, R.: *“Introducción a la Teoría de la norma jurídica”*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
81. HERRERO DEL COLLADO, T.: *“La inseminación artificial humana ante el Derecho Penal”*, Universidad de Granada, Granada, 1969.
82. HIGUERA GUIMERÁ, J. F.:
- *“El derecho Penal y la Genética”*, Trivium, Madrid, 1995.
 - *“Los delitos relativos a la manipulación genética”*, en Revista Actualidad Penal, núm. 19, Madrid, 2001, págs. 403 a 438.
83. HOBBS, T.: *“De Cive: Elementos filosóficos sobre el ciudadano”*, Alianza Editorial, 2010.
84. HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *“Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)”*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991.
85. HURTADO POZO, J.: *“Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 2. Aborto”*, Ediciones Juris, Lima, 1994.

86. ILLESCAS RUS, A. V.: *"La esterilización de deficientes mentales. Notas sobre la reforma del art. 428 del Código penal"*, Boletín de información del Ministerio de Justicia, núm 1581, 1990.
87. JAEN VALLEJO, M.: *"¿Aborto no punible?"*, en El Derecho, Grupo Francis Lefebvre, 18 de junio de 2013.
88. J. SELGELID, M.: *"¿El aborto para la prevención de las imperfecciones humanas?"*, en Revista de Filosofía, núm. 31, 2004.
89. KANT, I.: *"Fundamentación de la metafísica de las costumbres"*, Espasa-Calpe, Madrid, 1995.
90. KAUFMANN, E.: *"Relativización de la protección jurídica de la vida"*, en Avances de la medicina y el derecho Penal, de Mir Puig (ed.), Barcelona, 1988.
91. LACADENA CALERO, J.R.: *"Manipulación genética en la especie humana"*, en "Ingeniería Genética y reproducción asistida", Barbero Santos, Madrid, 1989.
92. LANDROVE DÍAZ, G.: *"Introducción al Derecho Penal Español"*, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 2006.
93. LAURENZO COPELLO, P.:
 - *"El aborto no punible"*, Bosch, Barcelona, 1990.
 - "Aborto y derecho a la sexualidad: un nuevo marco para el viejo debate" en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 7, 2009.
94. LÓPEZ ZAMORA, P.: "Los derechos de la mujer 'en serio'" en Filosofía jurídica y política de la nueva ilustración, vva, Porrúa, Madrid, 2009, págs. 337 y 338.
95. LORENZO, RODRIGUEZ-ARMAS, M.:
 - *"Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: trabajos parlamentarios"*, en Cuadernos Bartolomé, núm. 48.

Editado por Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid 2011.

- *"Del aborto a la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones jurídico-constitucionales en torno a la nueva Ley ante el anuncio de su reforma"*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 31, 2012.

96. LUZÓN CUESTA, J.M.: *"Compendio de derecho Especial. Parte Especial"*, Dykinson, Madrid, Julio 2011.

97. LUZÓN PEÑA, D. M.:

- *"Indicaciones y causas de justificación en el aborto"*, en *Cuadernos de política Criminal*, núm. 36, 1988.
- *"Curso de Derecho Penal. Parte General"*, Editorial Universitaria, Madrid, 1996.

98. MACKINNON C.: *"Women's Lives, Men's Laws"*, Harvad Univresity Press, Cambridge, 2005.

99. MANZANARES, L.: *"La inseminación artificial en la especie humana. Problemas jurídicos-penales"*, en *Revista de la escuela de estudios Penitenciarios*, núm 149, 1960.

100. MARTÍN SANCHEZ, I.: *"Minoría de edad, libertad religiosa y salud"*, Universidad Autónoma de Madrid. *(Religión, matrimonio y Derecho ante el SXXI. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls)*, vol. 1, Iustel, Madrid, 2013.

101. MARTÍ SANCHEZ, J.M.: *"Concepción cristiana de la vida y derecho (¿lastre o estímulo para el progreso)"* *(Religión, matrimonio y Derecho ante el SXXI. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls)*, vol. 1, Iustel, Madrid, 2013.

102. MARTÍNEZ VAL, J.M.: *"La eutelegenesia y su tratamiento penal"*, Publicaciones del Instituto de Estudios Manchegos, Madrid, 1954.

103. MARTOS NUÑEZ, J.A.: *"Principios penales en el Estado social y democrático de Derecho"*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 1, Madrid, 1992.

104. MIRÓ I ARDÉVOL, J.: *"Aborto y políticas Públicas"*, Instituto de Estudio del Capital Social, Incas, octubre de 2008.
105. MOLINA BLÁZQUE, C. y SIERRA MUCIENTES, S.: *"El delito de aborto, dimensión constitucional y penal"*, Bosch, Barcelona, 2000.
106. MOLINERO RUIZ, C.: *"Mujer, franquismo, fascismo. La clausura forzada en un mundo pequeño"*, en Revista Historia Social núm. 30, 1998, págs. 97 a 117.
107. MONTANER, C.A.: *"LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA (1975-1982) ¿Los valores prevalecientes impulsaron los cambios o los cambios generaron unos nuevos valores en la sociedad española?"* Ensayo escrito para el seminario Culture Matters Research Project, celebrado en The Fletcher School de Tufts University. Marzo 26 y 27 de 2004.
108. MORILLAS CUEVAS, L.:
 - *"Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial"*, Dykinson, Madrid, 2011.
 - *"Curso de Derecho penal español. Parte General"*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
109. MOUFFE, C.: *"El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo y democracia radical"*, Paidós, Barcelona, 1999.
110. MUÑOZ CONDE, F.: *"Derecho Penal, Parte Especial"*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
111. NAVARRO VALLS, R. :
 - *"Inconstitucionalidad y otras cuestiones en torno al proyecto de ley orgánica del aborto"* en Revista El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho, núm. 9, Enero 2010, págs. 62 a 69.
 - *"Las objeciones de conciencia"* Debate actual: revista de religión y vida pública, núm. 12, 2009, págs. 35 a 50.
 - *"La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo"*. Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, núm. 53, 2005, págs. 259 a 292.

- *"CONFLICTOS ENTRE CONCIENCIA Y LEY. Las objeciones de conciencia"*, en Estudios doctrinales, enero del 2011.

- 112. NAVARRO VALLS, R., JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M.A y MARTÍNEZ TORRÓN, J.: *"La objeción de conciencia a tratamientos médicos"*: Derecho Comparado y Derecho Español. Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, núm. 18, 1988. (Ejemplar dedicado a: Estado y fenómeno religioso), págs. 163 a 277.

- 113. NAVARRO VALLS, R., MARTÍNEZ SALMEAN, J. y SÁNCHEZ CARO, J.: *"La objeción de conciencia"*, Estudios de derecho judicial, núm. 29, 2000. (Ejemplar dedicado a: Bioética y justicia: (actas del Seminario conjunto sobre bioética y justicia, celebrado en Madrid del 6 al 8 de octubre de 1999)).

- 114. NAVAS, A. *"El aborto a debate"*, Colección Persona y cultura, núm 25, Eunsa, 2014.

- 115. ORTIZ HERAS, M. *"Mujer y dictadura franquista"*, en Aposta: Revista de ciencias sociales, núm. 28, 2006, págs. 1 a 6.

- 116. ORTS BERENGUER, E.: *"Atenuante de análoga significación"* (Estudio del artículo 9.10 del Código Penal), Universidad de Valencia, Valencia, 1978.

- 117. OTERO GONZÁLEZ, P.: *"La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal"*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

- 118. PALACIOS, M.: *"Bioética 2000"*, Oviedo, Ediciones Nobel, 2000.

- 119. PEÑA CABRERA, R.: *"Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general"*, 3.a edición, Grijley, Lima, 1997.

- 120. PEÑALOSA LÓPEZ, M. P.: *"Observaciones médicas y jurídicas acerca de la inseminación artificial humana."*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 4, 1989.

121. PERÉZ LUÑO, A. E.: *"El concepto de filosofía del derecho"*, Mergablum. Edición y comunicación, 2006.
122. PERIS RIERA, J.M.: *"La regulación penal de la manipulación genética en España"*, Civitas, Madrid, 1995.
123. PETCHESKY, R P.: *"Sexual rights"*, en *Framing the sexual subject: the politics of gender, sexuality, and power*, PARKER, R., BARBOSA, R. M., y AGGLETON, P. (Ed.). University of California Press. Berkeley, Los Angeles 2000.
124. PINILLOS J.L.: *"El lenguaje de las Ciencias humanas"*, Discurso de ingreso en la Real Academia Española, Madrid, 1988.
125. PRIETO SANCHÍS. L.: *"La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho"*, Sistema, núm 59, Revista de Ciencias Sociales, marzo de 1984, pág. 49.
126. QUINTERO OLIVARES. G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Cor.): *"Comentarios al Nuevo Código Penal"*, 3ª edición, Aranzadi, 2004.
127. RAMOS TAPIA, M.I.: *"Derecho Penal. Parte General"* en *"Fundamentos de Derecho Penal Parte General"*, José M. Zugaldía Espinar (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
128. RAWLS, J.: *"Justice and Fairness: Political Not Metaphysical "*, 1985 en collected paper, editado por S. Freeman, Harward University Press, Cambridge, Mass and London, 2001.
129. REALE, M.:
 - *"Filosofía do direito"*, 1953, 15.a ed., Sao Paulo, 1993.
 - *"Teoría tridimensional del Derecho"*, Tecnos, Madrid, 1997.
130. RECASENS SICHES, L.: *"Tratado General de Filosofía del Derecho"*, México, 1959, 17.a ed., EDITORIAL PORRUA, 2003.

131. *"Religión, matrimonio y Derecho ante el siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Navarro Valls"*, vols. 1 y 2, Iustel, Madrid, 2013.
132. RICO LARA, M.: *"La inseminación artificial. Sus problemas morales y jurídicos"*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, núms. 31 y 32, Madrid, 1968, págs. 139 a 158.
133. RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN, D.: *"La bioética global: Una ampliación de la agenda para la bioética"*, en Revista Dilemata, núm. 15, 2014, págs. 233-241.
134. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *"Comentarios al Código Penal"*, Civitas, Madrid, 1997.
135. RODRIGO LARA, M.B.: *"El consentimiento de la menor de edad para abortar en la Ley Orgánica 2/2010" (Religión, matrimonio y Derecho ante el SXXI. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls), vol.1*, Iustel, Madrid, 2013.
136. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A.: *"Derecho Penal español"*. Parte General. 18ª edición, Dykinson, Madrid, 1995.
137. ROMEO CASABONA, C. M.:
 - *"Análisis de los elementos de las causas de justificación del artículo 417 bis del Código Penal"* en Comentarios a la legislación penal, Tomo IX (La reforma del delito de aborto), Edersa, Madrid, 1989.
 - *"La protección jurídica del concebido. El feto como paciente"*, en Revista Jurídica Castilla-La Mancha, núm. 7, julio de 1989, págs. 437 a 452.
 - *"Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles"*, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997.
 - *"Código de Leyes sobre Genética"*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 1997.
 - *"Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética"*, Comares, Granada, 2004.

- *"El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana"*, Editorial Centro de Estudios Ramón Arece, Madrid, 1994.

- 138. ROMEO MALANDA, S.: *"Las eximentes por analogía en el Código Penal español de 1995: especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto"*, en *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 16, julio 2005, págs. 169 a 205.

- 139. ROXIN, C.: *"Strafrecht. Allgemeiner Teil"*, Band I, 3, Auflage, C.H. Beck, Munich, 1997.

- 140. RUBIO LARA, P. A.: *"La reproducción asistida no consentida: una propuesta de lege ferenda sobre la despenalización del aborto en este supuesto"*, en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 251.

- 141. RUZ SALDIVAR, C.: *"El derecho a la divergencia, la objeción de conciencia"*, Amazon Digital Services, 2013.

- 142. SADABA, J.: *"La vida en nuestras manos"*, Barcelona, Ediciones B, 2000.

- 143. SADABA, J. y VELÁZQUEZ, J. L.: *"Hombres a la carta: los dilemas de la bioética"*, Temas de Hoy, Madrid, 1998.

- 144. SÁINZ CANTERO, J.A.: *"Lecciones de Derecho Penal. Parte General"*, 3.a edición, Bosch, Barcelona, 1990.

- 145. SANDEL, M.: *"Moral argument and liberal toleration: Abortion and Homosexuality"*, en *California Law Review*, vol. 77, núm. 2, 1989.

- 146. SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, J.: *"Notas para el estudio del aborto en el Derecho Histórico Español"*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 72, Madrid, 1988, págs. 513 a 571.

- 147. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: *"Sociología del derecho"*, Civitas, Madrid, 1994.

148. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *"Accesoriedad y bien jurídico en delitos medioambientales: una constante paradoja en "religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI"*. Estudios en homenaje al profesor Navarro Valls, Volumen II. Derecho matrimonial, Derecho canónico, Otras especialidades jurídicas, Iuste, Madrid, 2013.
149. SARMENTO, D.: *"Direitos Fundamentais e Relações Privadas"*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.
150. SAVATER, F.: *"Política para Amador"*, Ariel, Barcelona, 2003.
151. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: *"Intereses y valores en la construcción biojurídica"*, en La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, año XIV, núm 3315, 1993, págs. 1 a 3.
152. SHAPIRO, I.: *"El Derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción"*, en Revista *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, págs. 437 a 463.
153. SCHROEDER, F. C.: *"Die Rechtsgüter des Embryonenschutzgesetzes "*, en Hans-Heiner Kühne (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995.
154. SINGER P.:
 - *"Ética práctica"*, Cambridge University Press, 2ª ed., 1995.
 - *"Un solo mundo, la ética de la globalización"*, Paidós, Barcelona, 2004.
155. STEINER, U.: *"La controversia constitucional en Alemania sobre la regulación penal del aborto"*, en Revista española de derecho constitucional, año 13, núm. 37, 1993, págs. 159 a 171.
156. STITH, R.: *"La vida considerada como cosa: un error norteamericano fundamental"*. Cuadernos de Bioética, 2005, págs. 31 a 32.

157. TIRADO NAVARRO, J. *“La pena en kant: ¿retribucionista en lo moral, pero no en lo legal?”* en *Revista Estudios de Derecho*, núm. 150, 2010, págs. 85 a 112.
158. TORÍO LÓPEZ, A.: *“Cuestiones jurídicas de la eugenesia hoy”*, en Carlos María Romero Casabona (ed.), *La eugenesia hoy*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma-Humano- Comares, Bilbao-Granada, 1999.
159. UNDARRAGA, V.: *“La decisión sobre el aborto de la Corte Europea de Derechos Humanos ‘A, B and C v. Ireland’ y su importancia para el sistema interamericano”*, Anuario de Derecho Público UDP, 2010.
160. URQUHART CADEMARTORI, L.H.: *“El problema del aborto con relación al Derecho, la moral y la religión”*, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 2, 2004.
161. VALLE MUÑIZ, J.M. y QUINTERO OLIVARES, G.: *“Comentarios al Nuevo Código Penal”*, 3ª edición, Aranzadi, 2004.
162. VALLS, R.: *“Una ética para la bioética, y a ratos para la política”*, Gedisa, Barcelona, 2003.
163. VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *“Derecho Genético”*, 4.a edición, Grijley, Lima, 2001.
164. VICENTE MARQUEZ, L.: *“La reforma del aborto a la luz del derecho internacional”*, en *Series Análisis Jurídicos*, núm. 1, marzo de 2014.
165. WINCHESTER, A.M.: *“Introducción a la genética humana”*, Alhambra, Madrid, 1986.
166. ZAMPAS, C. y GHER, J.M.: *“Abortion as a Human Right - International and Regional Standards”*, *Human Rights Law Review*, vol. VIII, núm. 2, 2008, págs. 263 a 264.
167. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *“Fundamentos de Derecho Penal”*, 3.a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA

- SAUQUILLO, M. R.: *“La modificación de la ley de aborto aleja a España de Europa”*. EL PAÍS. Madrid, 12 de marzo de 2012. Disponible en:
http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/12/actualidad/1331527349_775641.html
(Consultado el 20 de Abril de 2014).
- SEVILLA BUJALANCE, J.L.: *“Persona, personalidad jurídica, nasciturus y derecho civil español”*. Disponible en: Revista digital IUSTITIAE SACERDOS, <http://www.iustitiae.tomas-moro.org>
- *Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa*, Maputo, 2003, disponible en: <http://www.achpr.org/instruments/women-protocol>
- BODIN, J., *“Les six livres de la République”*, disponible en:
<http://classiques.uqac.ca/classiques>
- Diario El Economista, *“La reforma de la Ley del aborto incendia Twitter: #MiBomboEsMio vs #AbortoCero”*, disponible en:
<http://ecodiario.eleconomista.es/interstitial/volver/acimar/politica/noticias/5412274/12/13/La-reforma-dela-Ley-del-aborto> (Consultado el 5 de Febrero de 2015)
- Butler, J., *“¿Qué es la crítica? Un ensayo sobre la virtud de Foucault”*, disponible en:
<http://eipcp.net/transversal/0806/butler/es>
- Diario El País:
 - Gutiérrez Calvo, V., *“Rajoy rehúye su ley del aborto”*, disponible en:
http://politica.elpais.com/politica/2014/02/25/actualidad/1393347967_856642.html
(Consultado el 16 de marzo de 2014).

- Elordi Cue, C., *“La ley del aborto, la historia de un fiasco”*, disponible en:
http://politica.elpais.com/politica/2014/09/24/actualidad/1411510577_143104.html
(Consultado el 7 de diciembre de 2014).
- RUBIALES, A., *“Aborto, constitucionalidad y herencia recibida”*, disponible en:
http://elpais.com/elpais/2012/07/26/opinion/1343321360_293809.html (Consultado el 20 de marzo de 2014).
- GAREA, F., *“El Gobierno cambia de forma limitada y urgente la ley del aborto”*,
disponible en:
[http://www.politica.elpais.com/politica/2015/02/18/actualidad/1424251777_843543.h](http://www.politica.elpais.com/politica/2015/02/18/actualidad/1424251777_843543.html)
tml (Consultado el 5 de junio de 2015).
- FOUCAULT, M.: *“La verdad y las formas jurídicas”*, disponible en:
http://www.posgrado.unam.mx/arquitectura/aspirantes/La_verdad.pdf
- Diario ABC:
 - CALLEJA, M., *“El PP registra la reforma del aborto que incluye el consentimiento expreso paterno”*, disponible en:
<http://www.abc.es/espana/20150218/abci-congreso-aborto-201502181129.html>
(Consultado el 30 de abril de 2015).
 - Agencia EFE, *“Condenada a 30 años de cárcel en El Salvador por abortar a los nueve meses”*, disponible en:
[www.abc.es/internacional/20130727/abci-condenada-anos-carcel-salvador-](http://www.abc.es/internacional/20130727/abci-condenada-anos-carcel-salvador-201307271713.html)
201307271713.html (Consultado el 5 de septiembre de 2014).
- *“Definición de IVE (Interrupción Voluntaria del Embarazo)”*, disponible en:
[http://www.abortoinformacionmedica.es/2009/03/28/definicion-de-ive-interrupcion-](http://www.abortoinformacionmedica.es/2009/03/28/definicion-de-ive-interrupcion-voluntaria-del-embarazo/)
voluntaria-del-embarazo/ (Consultado el 27 de octubre de 2014).
- <http://www.abortono.org/cifras> (Consultado el 14 de septiembre de 2014).
- *“ONU reconoce que el aborto no es derecho humano”*, disponible en:
[https://www.aciprensa.com/noticias/onu-reconoce-que-el-aborto-no-es-derecho-humano-](https://www.aciprensa.com/noticias/onu-reconoce-que-el-aborto-no-es-derecho-humano-21523/)
21523/ (Consultado el 16 de junio de 2014) .
- ONG *“La Alianza por la Solidaridad”*. (www.alianzaporlasolidaridad.org).

- Comité de Bioética de España (www.comitedebioetica.es).
- Sanz, L.A. "Mínima rebelión en el PP por la ley del aborto", Diario El Mundo, disponible en: www.elmundo.es/espana/2015/09/09/55ef8c9146163f56368b45a7.html (Consultado el 13 de septiembre de 2015).
- ONG "Amnistía Internacional" (<http://www.es.amnesty.org>).
- "ONU: el aborto ilegal no aumenta las muertes maternas", disponible en: <http://es.catholic.net/op/articulos/6981/cat/257/onu-el-aborto-ilegal-no-aumenta-las-muertes-maternas.html> (Consultado el 23 de octubre de 2014).
- ONG "The European NGOs for Sexual and Reproductive Health and Rights, Population and Development" <http://www.eurongos.org>
- "Argumentos Pro Vida", disponible en: www.ewtn.com/spanish/preguntas/aborto_argumentos_pro_vida.htm (Consultado el 4 de febrero de 2015).
- Federación de Planificación Familiar Estatal (www.fpfe.org).
- GARRIGA, C., "*¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y 'punto de vista'*", Revista electrónica Historia Política e Historia del Derecho, núm. 10, 2012, págs. 89 a 100. Disponible en: http://historiapolitica.com/datos/boletin/Polhis10_GARRIGA.pdf
- "Human Rights Law and Access to Abortion", disponible en: www.hrw.org/legacy/background/americas/argentina0605 (Consultado el 6 de marzo de 2014).
- El Huffington Post, "Villalobos pide libertad de voto para los diputados del PP sobre el aborto", disponible en: www.huffingtonpost.es/2014/01/08/rajoy-pp-villalobos_n_4560361.html (Consultado el 15 de marzo de 2014).
- Editorial Iustel (www.iustel.com).
- www.johnstonsarchive.net

- “El Congreso abre el primer plazo de presentación de enmiendas a la reforma hasta el 14 de mayo”, Diario La Razón, disponible en:
<http://www.larazon.es/sociedad/el-congreso-abre-el-primer-plazo-de-presentacion-de-enmiendas-a-la-reforma-hasta-el-14-de-mayo-BB9535333> (Consultado el 26 de abril de 2015).
- “La reforma de ley del aborto del PP logra el apoyo de Unió, Foro y UPN”, La Vanguardia, disponible en: www.lavanguardia.com/politica/20150414/54429629356/congreso-reforma-aborto.html (Consultado el 16 de abril de 2015).
- “United Nations Report: Making Abortion Illegal Doesn’t Increase Women’s Deaths”, lifenews, disponible en: www.lifenews.com/nat2093.html (Consultado el 3 de diciembre de 2014).
- ALONSO CAJIGAS, A. “La disparatada doctrina constitucional sobre el aborto”, La Nueva España, disponible en: <http://www.lne.es/opinion/2010/04/23/disparatada-doctrina-constitucional-abortobr/905094.html> (Consultado el 10 de mayo de 2014).
- “Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada”, disponible en: www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292426890214
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (www.msssi.gob.es).
- “Amnistía para las 11 de Bilbao 1983. Fotografías”, disponible en: www.mujeresenred.net/spip.php?article2028 (Consultado el 8 de diciembre de 2014).
- Fundación RedMadre (www.redmadre.es).
- ONG “Centro de Derechos Reproductivos” (www.reproductiverights.org/es).
- ONG “Rights International Spain (RIS)” (www.rightsinternationalspain.org).
- “ONU y OMS manipulan estadísticas de mortalidad materna para promover aborto mundial”, disponible en: www.sentidodevida.humanet.com.co/onu_aborto.htm (Consultado el 9 de septiembre de 2014).
- “WORLD MORTALITY REPORT 2005”, Naciones Unidas, 2005, disponible en: <http://www.un.org/esa/population/publications/worldmortality/WMR2005.pdf>

- “Sesión 66ª 3 de agosto de 2011”, Naciones Unidas, disponible en: www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/254
- “La mujer durante el franquismo”, disponible en: <http://www.vallenajerilla.com/berceo/garciacarcel/lamujerduranteelfranquismo>
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (<http://www.boe.es>).
- “Los padres deben autorizar el aborto de las menores de 16 y 17 años a partir de hoy”, diario El Confidencial, disponible en: http://www.elconfidencial.com/espana/2015-09-23/aborto-menores-16-17-anos-consentimiento-paterno_1031406 (Consultado el 26 de septiembre de 2015).